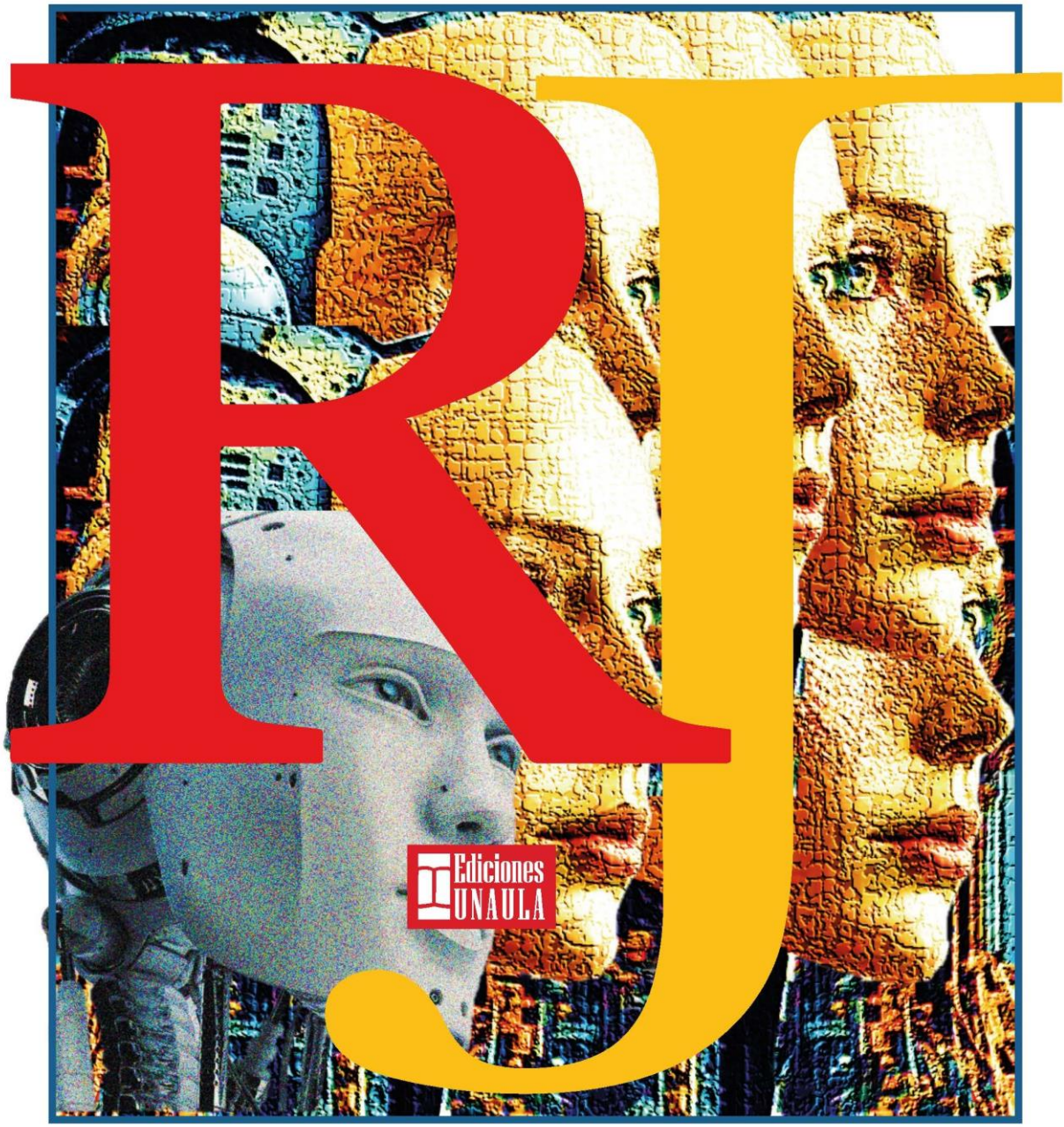
Ratio Juris

PUBLICACIÓN SEMESTRAL DE LA FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA

Vol. 18, N.° 36 pp. 404. Medellín-Colombia, 2023 (enero-junio), ISSN 1794-6638 / ISSNe: 2619-4066
DOI: 10.24142/raju



Ratio Juris
Vol. 18, N.° 36 2023, ISSN 1794-6638 / ISSNe: 2619-4066 / DOI: 10.24142/raju

REVISTA Ratio Juris

ISSN: 1794-6638 • ISSNe: 2619-4066 • DOI: 10.24142/raju

Revista Ratio Juris

ISSN: 1794-6638 • ISSNe: 2619-4066 • DOI: 10.24142/raju

Ediciones UNAULA

Revista *Ratio Juris* de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma Latinoamericana – UNAULA, volumen 18, número 36, enero-junio de 2023

Papel 1794-6638; en línea 2619-4066 DOI: 10.24142/raju

Universidad Autónoma Latinoamericana
Carrera 55 N.º 49-51. Medellín - Colombia - Suramérica
Tel: (604) 511 2199

ANTONIO PUERTA ARANgO
Presidente de la Sala de Fundadores

JOSÉ RODRIgO FLÓREZ RUIZ
Rector

FRANCISCO JAVIER VALDERRAMA BEDOYA
Vicerrector Académico

JOSÉ FERNANDO VALENCIA gRAJALES
Vicerrector de Investigación

RAMÓN ELEJALDE ARBELÁEZ
Decano de la Facultad de Derecho

EDITOR
Mg. José Fernando Valencia Grajales, Universidad Autónoma Latinoamericana, Colombia
(EDITOR.RATIOJURIS@UNAULA.EDU.CO)

COEDITOR
Mg. Juan David Gelacio Panesso, Universidad Autónoma Latinoamericana, Colombia
(COEDITOR.RATIOJURIS@UNAULA.EDU.CO)

ASISTENTE EDITORIAL
Gerente. Juan Felipe Vargas Martínez, Journals & Authors para el OJS, Colombia
(JFELIPE148@gMAIL.COM; INFO@JASOLUTIONS.COM.CO)

JAIRO OSORIO gÓMEZ
Director del Fondo Editorial

TRADUCTOR
Juan Carlos Beltrán López
(TERRANETSERVICIOS@gMAIL.COM; JUAN.BELTRANLO@UNAULA.EDU.CO)

SILVIA VALLEJO gARZÓN
(VALLEJO.SILVIA@gMAIL.COM)
Correctora

Hecho en Medellín - Colombia

Canje: Biblioteca "Justiniano Turizo Sierra". Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín.
PBX 511 2199 Ext. 301.
DOI 10.24142/raju

Los artículos son responsabilidad de sus autores y no comprometen en nada a la institución o a la revista.
Queda autorizada la reproducción total o parcial de los contenidos de la revista con finalidades educativas, investigativas o académicas. Para efectuar reproducciones con otros propósitos es necesario contar con la autorización expresa de Ediciones UNAULA.

Universidad Autónoma Latinoamericana
UNAULA - Carrera 55 N.º 49-51 Medellín - Colombia - Suramérica
PBX (604) 511 21 99 - Apartado 3455 - Fax: 604 512 3418

Comité editorial

Dr. Modesto Manuel Gómez Alonso, España, Universidad de Salamanca (modestogomez@usal.es)

https://filosofialogicayestetica.usal.es/es/docente-investigador/gomez-alonso-modesto-manuel
https://scholar.google.com/citations?hl=es&user=YY4FwIIAAAAJSCOPUS ID 0000-0001-6889-2330
https://orcid.org/0000-0001-6889-2330 https://produccioncientifica.usal.es/investigadores/182557/detalle
https://upsa.academia.edu/ModestoG%C3%B3mezAlonsov

Dra. Mayda Soraya Marin Galeano, Universidad de Antioquia; Grupo de Investigación y editorial Kavilando Medellín,Colombia (mayda.marin@udea.edu.co)

https://scholar.google.com/citations?hl=es&user=1x5m4ywAAAAJ
https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001373816
https://orcid.org/0000-0002-9446-8768 https://www.researchgate.net/profile/Mayda-Soraya-Galeano

PhD. Eduardo Andrés Sandoval Forero, Universidad Autónoma del Estado de México, México (forerosandoval@gmail.com)

https://scholar.google.com/citations?hl=es&user=GNATfqoAAAAJ http://orcid.org/0000-0003-1659-7588
https://forerosandoval.net/ https://www.scopus.com/authid/detail.uri?authorId=37081728400

Dr. Alfonso Insuasty Rodríguez, Universidad de San Buenaventura, Colombia (alfonso.insuasty@gmail.com)

https://scholar.google.com/citations?user=-x7-TLMAAAAJ&hl=es https://orcid.org/0000-0003-2880-1371
https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000801534
https://www.researchgate.net/profile/Alfonso-Insuasty-Rodriguez

Dr. Gerardo Antonio Durango Álvarez, Universidad Nacional de Colombia, Colombia (gerardodurango@yahoo.es)

https://scholar.google.com/citations?user=1Sx2U-AAAAAJ&hl=es https://www.researchgate.net/profile/Gerardo-Durango-Alvarez https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000675539
https://independent.academia.edu/GerardoAntonioDurangoAlvarez http://www.hermes.unal.edu.co/pages/Docentes/Docente.jsf?u=gadurangoa

Dr. Omar Huertas Díaz, Universidad Nacional de Colombia, Colombia (ohuertasd@unal.edu.co)

Doctor en Derecho Universidad Nacional de Colombia, Doctor en Ciencias de la Educación Universidad Simón Bolívar, Doctor H.C. Unidad Central del Valle UCEVA - Centro Observatorio Internacional de Derechos Humanos – Ecuador Profesor Titular Derecho Penal, Investigador Senior MINCIENCIAS 2021, Director Red Internacional de Política Criminal Sistémica "Extrema Ratio" UNAL Reconocido y Clasificado A 1 MINCIENCIAS 2021

http://www.reddolac.org/groups/2709308:Group:666684?xg_source=msg_appr_group
https://scholar.google.com/citations?user=HcDh2YAAAAAJ&hl=es https://orcid.org/my-orcid
ORCID; 0000-0002-8012-2387 Scopus Preview: Author ID: 57002680800
Associated member: Narratives and Social Changes-International Research Group (NaSC-IRG)
https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000656046
https://scienti.minciencias.gov.co/gruplac/jsp/visualiza/visualizagr.jsp?nro=00000000007171
Programa Delfin México ID Investigador 08627

Comité científico

Dr. Modesto Manuel Gómez Alonso, Universidad de Salamanca (modestomga@hotmail.com)

Mg. Estela Beatriz Quintar, Instituto de Pensamiento y Cultura para América Latina, México (estelaquintar@ipecal.edu.mx)

Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Argentina (raulzaffaroni@hotmail.com; raulzaffaroni@csjn.gov.ar)

Dr. Jairo José Guzmán García, Universidad Centroamericana de Nicaragua, Nicaragua (jguzman@ns.uca.edu.ni)

Dr. Jorge Martín Agudelo Ramírez, Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil, Colombia (martinagudeloramirez@hotmail.com)

Dr. Raúl Gustavo Ferreyra, Universidad de Buenos Aires, Argentina (rgferreyra@fibertel.com.ar)

Evaluadores externos

Dr. César Augusto Ramírez Giraldo, Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia (cesar.ramirez@upb.edu.co)

Mg. Estela Beatriz Quintar, Instituto de Pensamiento y Cultura para América Latina, México (estelaquintar@ipecal.edu.mx)

Dr. Francisco Javier Valderrama Bedoya, Universidad de Medellín, Colombia (fjvalderrama@udem.edu.co)

Dr. Guillermo Ángel Rendón, Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia (ganjel@sic.net.co)

Mg. Héctor Ortiz Cañas, Universidad de Antioquia, Colombia (hector.ortiz@udea.edu.co)

Dr. Juan Antonio Zornoza Bonilla, Universidad Nacional de Colombia, Colombia (jazornozab@unalmed.edu.co)

Mg. Luis Guillermo Patiño Aristizábal, Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia (luisguip@une.net.co)

Dr. Luis Miguel Donatello, Centro de Estudios e Investigaciones Laborales Conicet, Argentina (ldonatello@ceil-conicet.gov.ar)

Dra. Sonia Inés López Franco, Universidad Eafit, Colombia (slopez@eafit.edu.co)

Pares evaluadores para esta edición

Dra. Diana María Muñoz González, Universidad de San Buenaventura, Colombia (dmunoz@usbbog.edu.co)

Mg. Suly María Quinchía Roldán, Universidad Nacional de Colombia, Colombia (smquinchiar@unal.edu.co)

Mg. Margot Lalangui Balcázar, Universidad Técnica de Machala, Ecuador (mlalangui@utmachala.edu.ec)

Mg. Sandra Sayonara Solórzano Solórzano, Universidad Técnica de Machala, Ecuador (ssolorzano@utmachala.edu.ec)

Dr. Carlos Frederico B. Loureiro, Universidade Federal do Rio de Janeiro (ufrj), Brasil (fredericoloureiro89@gmail.com)

Dra. Débora Ferrazzo, Universidade do Extremo Sul Catarinense (unesc), Brasil (debora@unesc.net)

Dr. Andrés Eduardo Saldarriaga Madrigal, Universidad de Antioquia, Colombia (eduardo.saldarriaga@udea.edu.co)

Dr. Andrés Felipe López López, Universidad de San Buenaventura, sede Medellín, Colombia (andres.lopez@usbmed.edu.co)

Dr. Andrés Klaus Runge Peña, Universidad de Antioquia, Colombia (akrp777@gmail.com)

Mg. Christian Hernández Rodríguez, Universidad de San Buenaventura, sede Cali, Colombia (christianandreshernandez@gmail.com)

Mg. Elkin Alonso Ríos Osorio, Universidad Católica de Oriente, Colombia (educacion.dec@uco.edu.co)

Dra. Esther Pineda G., Universidad Central de Venezuela, Venezuela (estherpinedag@gmail.com)

Dr. Fabián Ludueña Romandini, Universidad de Buenos Aires, Argentina (fabianluduena@gmail.com)

Dra. Florencia Abadi, Universidad de Buenos Aires, Argentina (floabadi@hotmail.com)

Mg. Gabriel Jaime Gómez, Universidad Nacional de Colombia, Colombia (gabrielgomez238@hotmail.com)

Dra. Gardenia Chávez Núñez, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, Ecuador (gardenia.chavez@uasb.edu.ec)

Dra. Jimena Cardona Cuervo, Universidad Cooperativa de Colombia, Colombia (abogadajimena@gmail.com)

Mg. John Jairo Cardona Estrada, Universidad de San Buenaventura, sede Medellín, Colombia (johnjairocardonae@gmail.com)

Dr. Jorge Hernán Betancourt Cadavid, Universidad de San Buenaventura, sede Medellín, Colombia (jhbc35@gmail.com)

José Manuel Morán Faúndes, Universidad Nacional de Córdoba, Colombia (jmfmoran@gmail.com)

Mg. Juan Camilo Gallo Gómez, Universidad de Medellín, Colombia (gapu85@gmail.com)

Mg. Juan Carlos Franco Montoya, Universidad Católica de Oriente, Colombia (jfrancodm@gmail.com)

Dr. Juan David Piñeres Sus, Universidad de Antioquia, Colombia (juandps@gmail.com)

Dra. Lya Yaneth Fuentes Vásquez, Universidad Central, Colombia (yfuentesv@ucentral.edu.co)

Dr. Marco Coscione, Coordinadora Latinoamericana y del Caribe de Pequeños Productores de Comercio Justo (clac), Chile (marco.coscione@gmail.com)

Dr. Mario Rojas Hernández, Universidad Autónoma de la Ciudad de México, México (marohez@outlook.com)

Mg. Maurizio Ali, Université des Antilles, espe – Martinique, Francia (maurizioali@yahoo.it)

Dr. Omar Huertas Díaz, Universidad Nacional de Colombia, Colombia (ohuertasd@unal.edu.co)

Mg. Ramiro Vélez Rivera, Escuela Superior de Administración Pública, Colombia (rvelez@esap.edu.co aucant@yahoo.es)

Mg. Sergio Alberto Oliveros Castro, Universidad San Sebastián, Chile (sergio.oliveros@uss.cl)

Dra. Silvia López de Maturana Luna, Universidad de La Serena, Chile (silvialml@gmail.com)

Mg. Víctor Daniel Gómez Montoya, Universidad de San Buenaventura, sede Medellín, Colombia (vgomez1102@hotmail.com)

Mg. Dolly Viviana Polo Flórez, Universidad de San Buenaventura, sede Cali, Colombia (v.polo.educacion@gmail.com)

Misión

UNAULA, desde sus principios fundacionales: la autonomía, el cogobierno, el pluralismo, la libre cátedra y la investigación, se compromete, con visión global, en la formación integral de la comunidad académica y la difusión del saber, desde la docencia, la extensión, la proyección social y la investigación, para contribuir al desarrollo en el contexto nacional e internacional.

Visión

UNAULA será reconocida por su compromiso con la formación en el saber, el ser, el hacer, el convivir y el conocimiento científico y humanístico, lo que responde de forma autónoma, respetuosa y pertinente a las diferencias ideológicas, democráticas, para el desarrollo político, cultural, social y económico en un contexto globalizado.

Principios y valores institucionales

Autonomía universitaria	Responsabilidad social	Democracia-cogobierno
Liderazgo	Respeto	Justicia
Excelencia	Ética	Participación
Transparencia	Igualdad	Diálogo
Lealtad	Solidaridad	Pluralismo
Voluntad	Servicio	
	Convivencia	

Mission

UNAULA, based on its foundation principals, such as autonomy, co-government, pluralism, academic freedom and research, undertakes a commitment with a global vision, towards an integral education of the academic community and the spreading of knowledge, from teaching, extension, social projection and research, aiming to contribute to the development of the national and international context.

Vision

UNAULA will be recognized by its commitment to educate in knowledge, on being, co-existing, scientific and humanistic knowledge, responding appropriately, autonomously, respectful and pertinent to ideological and democratic differences, aiming at the political, cultural, social and economic development in a globalized context.

Principles and institutional values

University Autonomy	Social responsibility	Democracy-COgOVERNMENT
Leadership	Respect	Justice
Excellence	Ethics	Participation
Transparency	Equality	Dialogue
Loyalty	Solidarity	Pluralism
Will	Service	
	Coexistence	

REVISTA Ratio Juris, indexada en

Indexaciones

Bases de datos

Portal especializado

Google Scholar

Academia

Alianzas editoriales

TABLA DE CONTENIDO

Editorial

17..... Del *hay que adaptarse* a la transformación social

From *the need to adapt* to social transformation

Juan David Gelasio Panesso

Artículo de investigación

27..... Aciertos y desafíos de la reincorporación económica de mujeres firmantes de paz en Colombia

Successes and challenges of the economic reincorporation of ex-combatant women in Colombia

Samuel Rojas-Quintero, Jenny Marcela Acevedo-Valencia, Sindy Yuliana Gallego-Tavera

49..... Análisis ético de las dinámicas territoriales en el corredor multimodal del Aburrá Norte

Ethical analysis of territorial dynamics in the Aburrá Norte multimodal corridor

Hugo Nelson Castañeda-Ruiz, Ángela María Gómez-Osorio, Jhonny Alexander Herrera-Mejía, Mauricio Muñoz-Ceballos

73..... Condiciones de posibilidad de la política exterior colombiana en el gobierno de Gustavo Petro frente a la emergencia climática y la problemática ambiental

Conditions for the Possibility of Colombian Foreign Policy in the Gustavo Petro Government in the Face of the Climate Emergency and Environmental Issues

María Andrea Canchila-Velilla, Juan José Gómez-Betancur, Juan Esteban Torres-Raigoza, Breyner-Valbuena Molina

89..... Criminología del desarrollo: estudio del desarrollo en la formación de la conducta criminal

Development criminology: study of the development in the formation of criminal behavior

Wael Sarwat Hikal-Carreón

107..... El perfil de egreso de los doctorados en Derecho de universidades latinoamericanas

The graduation profile of doctorates in the Law of Latin American universities

Hugo González-Aguilar

127..... Estado social de derecho como parámetro hermenéutico

Rule of law as a hermeneutical parameter in the social state of law

Catherine Yuliet Córdoba-Chamorro

147..... Fundamentación doctrinaria y axiológica de las sentencias penales del derecho en el poder judicial de Pasco, Perú

Doctrinal and Axiological Foundation of Criminal Judgments in the Judicial Power of Pasco, Perú

Degollación Andrés Paucar-Coz, Estelita Rimac-Ventura

169..... Judicialización de la política y los megaproyectos en México: el papel de los jueces frente a la movilización legal contra el Tren May

Judicialization of politics and megaprojects in Mexico: the role of judges against the legal mobilization against the Maya Train

David Ángel Bonilla-Padilla

195..... La corrupción en la contratación internacional

Corruption in international contracts

Claudia Madrid-Martínez

247..... La posición del Estado colombiano en el marco global y regional de la geopolítica del agua

The Position of the Colombian State in the Global and Regional Framework of Water Geopolitics

Ana Margarita Carmona-Tamayo, Daniel Restrepo-Arroyave, Lida Liney Ramíre- González

277..... La protección penal de los derechos afectados por los delitos contra la libre competencia a través del prisma de los derechos humanos: la importancia de un mandato de criminalización internacional en la era de las *big tech*

The criminal protection of rights affected by antitrust crimes through human rights lens: the importance of an international mandate for criminalization in the era of Big Tech companies.

Denise Neves-Abade

305..... Rastreo normativo de la historia clínica electrónica en Colombia

Regulatory tracking of the electronic health record in Colombia

Diego Martín Buitrago-Botero

327..... Portales de contacto y su responsabilidad frente al consumidor en Colombia

Contact portals and their consumer liability in Colombia

Frank David Guillermo-Manga

349..... Los dilemas de las redes criminales de Bello

The dilemmas of Bello's criminal networks

César Giovanny Castañeda-Blandón

379..... La esencia de las relaciones públicas en el derecho administrativo moderno

The essence of public relations in modern administrative law

Yevhen Leheza, Olha Mashchenko, Pavlo Pokataiev

Revista *Ratio Juris* Vol. 18 N.º 36, 2023, DOI: 10.24142/raju, pp. 17-26 © UNAULA

EDITORIAL

DEL *HAY QUE ADAPTARSE* A LA TRANSFORMACIÓN SOCIAL*

FROM *THE NEED TO ADAPT* TO SOCIAL TRANSFORMATION

DO *VOCÊ TEM QUE SE ADAPTAR* À TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

JUAN DAVID GELACIO-PANESSO**

Recibido: 27 de febrero de 2022 - Aceptado: 13 de marzo de 2023 -
Publicado: 23 de mayo de 2023
DOI: 10.24142/raju.v18n36a1

Resumen

Este breve texto presenta la distancia que existe entre la aparición de un nuevo imperativo político —*hay que adaptarse*—, del cual se ha abanderado el tecnolibertarismo y sus instituciones, mediante la estrategia del solucionismo tecnológico, lo que implica una clausura de

* El presente texto se deriva del grupo de investigación Constitucionalismo Crítico y Género, con código 2021 35-000031, financiado por la Universidad Autónoma Latinoamericana.

** Docente investigador de la Universidad Autónoma Latinoamericana, pregrado en Filosofía y Letras y maestría en Estudios Políticos de la Universidad de Caldas. Coeditor de la revista *Ratio Juris*. CvLAC: https://scienti.colciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001540755, Google Scholar: https://scholar.google.es/citations?user=X-DuW4tYAAAAJ&hl=es, ORCID: https://orcid.org/0000-0002-3432-8237, correo electrónico: juan.gelacio@unaula.edu.co

lo político, en tanto, la potencia de crear y transformar se cierra a las disposiciones que las herramientas tecnológicas provean. Distancia que se abre frente a las posibilidades de la transformación social, que requiere la generación de nuevas sensibilidades que permitan que el gesto político aparezca de manera permanente, a través, por ejemplo, de la acción destituyente. Se propone un horizonte a partir del cual se puedan generar nuevas discusiones para evitar y evadir el cierre que el tecnolibertarismo pretende asestar al gesto político.

Palabras clave: transformación social, tecnolibertarismo, cierre de lo político, solucionismo tecnológico, liberalismo digital.

Abstract

This brief text presents the distance that exists between the emergence of a new political imperative —the need to adapt— which has been championed by technoliberalism and its institutions, through the strategy of technological solutionism. This implies a closure or shutting down of the political sphere, as the power to create and transform is limited to the provisions provided by technological tools. This distance is in contrast to the possibilities of social transformation, which requires the generation of new sensibilities that allow the political gesture to appear permanently, for example, through destituent action. It proposes a horizon from which to generate new discussions in order to prevent and avoid the closure that technoliberalism seeks to impose on the political gesture.

Keywords: social transformation, technolibertarianism, closure of the political, technological solutionism, digital liberalism

Resumo

Este breve texto apresenta a distância que existe entre o surgimento de um novo imperativo político —devemos nos adaptar— ao qual o tecnoliberalismo e suas instituições têm defendido, por meio da estratégia do solucionismo tecnológico, que implica um fechamento ou fechamento do político, entretanto, o poder de criar e transformar está fechado às disposições que as ferramentas tecnológicas proporcionam. Distância que se abre diante das possibilidades de

transformação social, o que exige a geração de novas sensibilidades que permitam que o gesto político apareça de forma permanente, por meio, por exemplo, da ação de afastamento. Propõe-se um horizonte a partir do qual gerar novas discussões para evitar e fugir do fechamento que o tecnoliberalismo pretende infligir ao gesto político.

Palavras chave: transformação social, tecnolibertarianismo, fechamento do político, solucionismo tecnológico, liberalismo digital.

Sustraerse de las instituciones es cualquier cosa menos dejar un vacío; es ahogarlas positivamente. Destituir no es en primer lugar atacar a la institución, sino la necesidad que tenemos de ella. No es criticarla […], sino asumir realmente lo que se supone que hace, pero fuera de ella […]. Destituir el gobierno es volverse ingobernables. ¿Quién ha hablado de vencer? Superar lo es todo

Comité Invisible

A través de un maremágnum de infoxicación cada vez más vertiginoso, se nos ha impuesto un nuevo imperativo político: *hay que adaptarse* (Stiegler, 2023). Podría parecer como un guiño cargado de buenas intenciones, de un dedo índice majestuoso que señala el camino correcto por donde desplazarnos en el indómito camino de la evolución. Al menos de una cierta lectura (sesgada) del evolucionismo darwiniano. Podría además parecernos un impulso general hacia la claridad como especie y en la misma medida una demostración fehaciente de nuestra inteligencia y de la buena salud de nuestras facultades cognitivas. No hay que perder de vista que la adaptación no solo debe entenderse de manera mecánica y pasiva a un ambiente dado, sino de forma creadora e interactiva, es decir, que la especie humana tenga la capacidad de crear y transformar ese ambiente según sus propias necesidades (Stiegler, 2023)

Pero el tecnolibertarismo (Sadin, 2021), eficiente con sus argucias discursivas, jalona el telón para impedir que el público vea lo que hay tras bastidores: después de todo, con la incansable jerigonza del *hay que adaptarse* se dibuja una intrincado entrampamiento que obliga a claudicar el gesto político de transformar, pues, en un guiño prometeico, aquel ofrece la resolución tecnológica de todos los males humanos, lo que implica una clausura política de la capacidad de crear y transformar que potencialmente tenemos los humanos y que sirve de resorte al gesto de lo político.

Ya Amador Fernández Savater (2023) lo ha planteado de una manera clara:

> La transformación social consiste en pasar de una cultura de la *conquista* de la realidad (mediante la fuerza o la razón instrumental) a una cultura de la *acogida* del mundo (mediante la sensibilidad). Una activación individual y colectiva de la capacidad de *recibir*. La receptividad creadora frente a la productividad represora, obligatoria, como nueva forma de habitar (p.).

La política, ya nos lo había dicho este mismo autor, debe entenderse como la confrontación de dos mundos. Pues está claro, al menos para allanar el campo de lo político, para que tal confrontación pueda tener lugar, que esos mundos requieren estar construidos por elementos diferenciales, y que, en todo caso, uno de ellos hunde sus raíces en el proyecto moderno y toda su arquitectura categorial que ha definido, y define aún, lo que es posible pensar (e incluso imaginar), convirtiéndose en una especie de lecho de Procusto en donde la realidad puede tener su propia existencia. El otro mundo requie-

re una nueva sensibilidad que desbarate dicho lecho y permita reinventar esa arquitectura categorial desde la cual pensar (e incluso imaginar) sea un acto creativo y, por ello mismo, creador, alejándose del imperativo político del *hay que adaptarse*, que clausura de manera violenta cualquier posibilidad de transformación, y, lo que es peor, cualquier deseo de transformación.

La adaptación, en su vertiente neoliberal, ha configurado un ejercicio de poder que obliga a someter a los sujetos a los dicterios elaborados desde hace más de cuarenta años en general, y en los últimos veinte años en particular, en cabeza del liberalismo digital. Una adaptación que plantea en lo fundamental dos cosas: inteligencia individual de carácter biologicista, que permite a los individuos estar dentro del margen del evolucionismo en la medida en que se despliegan las capacidades suficientes para sobrevivir al entorno (ahora no solo natural, sino digital), y un voto de confianza inédito en la historia de la humanidad, de la que se desprende una tecnofilia congénita que supone una pretendida superioridad aupada por los desarrollos tecnológicos, que facilitarían, precisamente, la adaptación (como si el tecnolibertarismo pariera en sus entrañas mismas el telos de nuestra especie). Esto sin extender la reflexión a las nuevas formas de pensar lo humano en su carácter intrínsecamente relacional con otras especies (interdependencia mutua en un planeta que se va al garete), una forma de habitar multiespecie (Haraway, 2020) que pondría en evidencia los "recortes de realidad" sobre los que se balancea el facilismo tecnofílico.

Pero ¿es posible en la confrontación de los mundos (de eso se trata la política), que uno de ellos, el que deambula nomádicamente más allá de los territorios repetidos de una concepción antropocéntrica, tenga la posibilidad de crear nuevas subjetividades en las cuales otras sensibilidades sean posibles y que generen a su vez otras formas de sociabilidad, distintas en todo caso a las ya transitadas por el individualismo liberal, que modeló nuestras formas de sociabilidad y nuestra cultura? La respuesta puede ser afirmativa si tenemos en cuenta que el cambio o la transformación social no depende exclusivamente de esfuerzos titánicos o de modificaciones turbulentas y violentas, sino de disposiciones humildes y sencillas desarrolladas a partir de nuevas sensibilidades: escuchar los potenciales de liberación que subyacen a cada relación que tenemos con los otros, con nosotros y con las cosas (Fernández-Savater, 2023).

Por supuesto, esto implica rupturas, desfases, cesuras y creación de nuevos posibles que desterritorialicen una racionalidad tecno-instrumental-económica y permitan reterritorializar sensibilidades otras que conten-

gan nuevas formas de sociabilidad, y con ello formas concretas de habitar.[1] Esto es, destituir las improntas narrativas y simbólicas que anclaron nuestras subjetividades a las formas escleróticas del individualismo competitivo (deformación que ha impulsado el darwinismo social, todo un aire de época hoy). Pero, además, exige lecturas frescas e incisivas sobre nuestro presente, sobre lo que el tecnolibertarismo ha desatado en los últimos treinta años, una especie de *existencia startup*, la vida como una empresa emergente, con todo lo frenético y delirante que puede ser; un giro implosivo que ha determinado nuestra época por un sobrecalentamiento masivo (del planeta en general y de la *pshyche* en particular) y para que sostengamos una relación inflada con el mundo (Sadin, 2021). Este tipo de relación tiene una configuración específica a partir de la hiperestimulación de la sociedad contemporánea conducida por el liberalismo tecnológico, el consumo y las imágenes; lo que ha coadyuvado a una representación precaria del mundo y la relación que tenemos con él: inflada por la hiperestimulación, enfrascada en lo inevitable, despolitizada en su reproducción (mercantil), clausurada en las posibilidades de transformación.

Una de las aristas importantes de esa nueva relación inflada con el mundo tiene que ver con las nuevas mediaciones, que no hacen más que expropiar espacios fundamentales de la existencia humana sin que apenas lo notemos. Sofisticación de las tecnologías de poder que se inoculan en nuestros cuerpos y nuestras *psyches* para "pilotear" nuestras conductas; esas mediaciones encuentran acomodo en la epitumogenia, entendida como trabajo de producción de deseos, ingeniería de los afectos (Lordon, citado por Durand, 2022, p. 65), lo que lleva a una pauperización de la discusión común sobre los asuntos que nos convocan, y, con ello, una despolitización permanente mediante narrativas que llevan a una vía de sentido único: esquilmada gran parte de la existencia humana, la poca que queda, aterida, es reconducida por el consumo, como factor aglutinante y vector que acapara cualquier impulso del deseo. Parece que el deseo ha quedado reducido a deseo mercantil, el cual reconfigura y rubrica toda nuestra economía libidinal, mientras que el deseo construido a través de otras sensibilidades (no mercantiles)

1 En *Habitar y gobernar. Inspiraciones para una nueva concepción política*, Fernández Savater propone una distinción entre dos grandes paradigmas de la política: el de gobernar (política clásica, que tiene por objetivo, según este autor, poder decidir) y el de habitar (política que posibilita construir formas de vida deseables, capaces de durar y sostenerse material y simbólicamente, y que tiene por objetivo poder hacer).

es desechado y deslegitimado como desvarío o como imposibilidad; allí radica un ejercicio de poder que apunta a sabotear lo político como búsqueda de nuevos posibles.

Ese pilotaje nos pone frente a una nueva realidad, donde el solucionismo tecnológico funge como panacea frente a la crisis civilizatoria permanente y definitiva (que cuenta con un amplio repertorio de quiebres consustanciales: crisis climática y ecológica, crisis económica, crisis política, entre otras); realidad que distorsiona gran parte de nuestra condición (humana) para hibridarla con lo digital y en la que la economía capitalista sirve de argamasa para lograr ese cometido.

En nuestro presente, el gobierno sobre la vida debe entenderse pues como el gobierno sobre los deseos, y en ese sentido todo el liberalismo es conservador, ya que pretende conservar el *statu quo* que ha permitido su despliegue histórico (e histérico); por eso su santa obsesión con el cuidado de las instituciones en las que se recrea, pues "la presunta función de una institución no es más que un pretexto para su existencia" (Comité Invisible, 2019, p. 77). A pesar de los discursos enfebrecidos acerca de que las instituciones liberales "defienden a la sociedad", otra lectura impetuosa puede mostrarnos que en realidad se trata de continuar existiendo y creciendo tanto como sea posible y buscando simultáneamente la aceptación (ojalá pasiva) de esa sociedad que dice defender.

De allí que el liberalismo sea el estandarte del *hay que adaptarse*, entendido como la imposibilidad de transformación que no sea aquella que provenga de sus propias entrañas vía reforma: protección a las instituciones históricas del liberalismo y garantías (militares y jurídicas) a las nuevas instituciones constituidas por la nueva economía y por el tecnolibertarismo. Se facilitan las herramientas y los instrumentos que requieren los defensores del *bussines*, se entrampa, se interrumpe y se criminaliza el gesto que encara al *bussines*. Enfrentamiento de mundos, gobierno de unos pocos sobre muchos.

En ese sentido, como sostiene Tiqqun (2013), "gobernar será inventar una coordinación racional de los flujos de informaciones y decisiones que circulan en el cuerpo social" (p. 32). Nada de democracia, esta ya fue desarraigada desde el informe de la trilateral, porque también se configuró allí, al menos como intención, la política del fin de lo político. Ahora florece el odio a la democracia (Ranciere) o la democracia como problema (Sztulwark), pues dentro del tecnolibertarismo se la presenta como un comodín, sin que medie una discusión detenida sobre sus elementos constitutivos, for-

jando con esos silencios la sensación de ocaso democrático y permitiendo que en su nombre (el de la democracia) termine por imponerse simplemente un régimen de libertad de empresa.

Buscar los horizontes de sentido que nos permitan burlar los encastramientos a los que nos somete el *hay que adaptarse* pasa también por diversos procesos destituyentes, entre ellos uno que se presenta como sólida base de la forma de vida en la que vivimos nuestro presente: un tipo de legibilidad que permite una cierta previsibilidad; asunto que no sucede de manera espontánea y que requiere un direccionamiento de nuestras creencias y nuestros deseos, función que cumple toda institución. Como sostiene el Comité Invisible (2019) acerca de la institución y sus formas fundamentales, sobre todo por lo que permiten,

> el tipo de legibilidad que garantiza nos ahorra sobre todo a nosotros, a cada uno de nosotros, tener que *afirmar* nada, que arriesgar nuestra lectura singular de la vida y de las cosas, que producir juntos una inteligibilidad del mundo que nos sea propia y común. El problema es que renunciar a hacer esto es sencillamente *renunciar a existir*. Es dimitir ante la vida (p. 74).

Destituir es poder crear esa inteligibilidad del mundo con otros, asumir que la vida en común no es solo un manifiesto destino, sino una condición relacional inestimable, condición que vale no solo entre humanos, sino frente a todo lo que constituye nuestro entorno; al final, todo lo que vive no son más que formas e interacciones de formas (Comité Invisible, 2019); ello implica una nueva acepción del conflicto y el disenso, que no quede restringido al ámbito legal, pero que además encare con fortaleza la fabricación del consenso, aquel que propugna, como Lippmann (citado en Stiegler, 2023), que "en las sociedades estables y maduras las diferencias no son necesariamente profundas" (p. 88). La conducción de conductas, hoy, parece marcar un único destino: eliminar las diferencias mediante la imposición de una sociedad transparente en la que los conflictos sean asumidos como obstáculos frente al buen funcionamiento de la sociedad; solo parecen permitirse desacuerdos mínimos de forma o de actores al mando de la economía capitalista.

También, destrabar una figura que ha quedado relevada y estigmatizada de manera profunda como el experimentalismo social, fuente y posibilidad de vida en común más allá de la previsibilidad, como elemento *sine*

qua non de lo social. En cambio, se nos ha impuesto una estrategia de domesticación del conflicto mediante la innovación social, la cual está destinada a legitimar el buen orden del capitalismo, jamás a ponerlo en entredicho.

Destituir fragmenta las petrificaciones que se han consolidado a lo largo del tiempo, y una vez fragmentadas se desestructuran los elementos constitutivos y la mezcla que permite su pegamento, lo que permite ver algunas condiciones que, antes de la fragmentación, escapaban de nuestra vista, de nuestra sensibilidad y por ello mismo de nuestra comprensión.

> Conforme a una lógica destituyente, la lucha contra el Estado y el capital vale en primer lugar por la salida de la normalidad capitalista que en ella se vive, por la deserción de las relaciones de mierda con uno mismo, con los otros y con el mundo que en ella se experimenta (Comité Invisible, 2019, p. 83).

Se trata, en todo caso, con el gesto destituyente, de reconfigurar de nuevo la política como un elemento inescindible de la existencia, política que nos permita "pensar al pie de la calle", como sostiene Amador Fernández Savater, porque es en esa operación donde los libros resuenan con los problemas concretos de la vida individual y colectiva; es decir, lleva a activar la capacidad de plantear problemas propios y de ensayar respuestas encarnadas (Fernández-Savater, 2021). Desde este horizonte podría pensarse en una nueva sensibilidad que apertura otras formas de vida deseables, formas de vida que estén en nuestras manos, posibles a través de una producción colectiva de situaciones y experiencias más allá del desierto del mercado, el solucionismo tecnológico o el tecnolibertarismo.

Referencias

Comité Invisible (2019). *Ahora*. Pepitas Editorial.

Durand, C. (2022). *Tecnofeudalismo*. La Cebra.

Fernández-Savater, A. (2021). *Habitar y gobernar. Inspiraciones para una nueva concepción política*. NED Ediciones.

Fernández-Savater, A. (2023). Erótica, estética, revolución: las utopías concretas de Herbert Marcuse. https://lobosuelto.com/erotica-estetica-revolucion-las-utopias-concretas-de-herbert-marcuse-amador-fernandez-savater/.

Haraway, D. (2020). *Manifiesto cíborg*. Kaótica Libros.

Sadin, E. (2021). *La silicolonización del mundo. La irresistible expansión del liberalismo digital*. Caja Negra Editora.

Stiegler, B. (2023). *Hay que adaptarse. Tras un nuevo imperativo político*. La Cebra, Palinodia, Kaxilda.

Tiqqun (2013). *La hipótesis cibernética*. Hekht Libros.

Revista *Ratio Juris* Vol. 18 N.º 36, 2023, DOI: 10.24142/raju, pp. 27-48 © UNAULA

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

ACIERTOS Y DESAFÍOS DE LA REINCORPORACIÓN ECONÓMICA DE MUJERES FIRMANTES DE PAZ EN COLOMBIA*

SUCCESSES AND CHALLENGES OF THE ECONOMIC REINCORPORATION OF EX-COMBATANT WOMEN IN COLOMBIA

SUCESSOS E DESAFIOS DA REINCORPORAÇÃO ECONÔMICA DE MULHERES EX-COMBATENTES SIGNATÁRIAS DA PAZ NA COLÔMBIA

SAMUEL ROJAS QUINTERO**
JENNY MARCELA ACEVEDO VALENCIA***
SINDY YULIANA GALLEGO TAVERA****

Recibido: 27 de noviembre de 2022 - Aceptado: 13 de marzo de 2023 -
Publicado: 23 de mayo de 2023
DOI: https://doi.org/10.24142/raju.v18n36a2

---

* El artículo es producto del proyecto de investigación "Mujeres excombatientes de las FARC-EP y sus procesos de reincorporación. Una aproximación a las prácticas económicas y sociales que configuran escenarios posibles de paz", adscrito a la línea de investigación Sujeto, Desarrollo y Contextos de Exclusión, perteneciente al grupo Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Luis Amigó.

** Estudiante de Derecho de la Universidad Católica Luis Amigó. Google Scholar: https://scholar.google.com/scholar?oi=bibs&cluster=12711695116561915663&btnI=1&hl=es&authuser=1, ORCID: https://orcid.org/0009-0002-5876-0187, correo electrónico: samuel.rojasqu@amigo.edu.co

*** Docente investigadora de la Universidad Católica Luis Amigó, socióloga y magíster en Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia. CvLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCur riculoCv.do?cod_rh=0001186337, Google Scholar: https://scholar.google.es/citations?user=ul0fN9wAAAAJ&hl=es, ORCID: https://orcid.org/0000-0001-8971-9975, correo electrónico: jenny.acevedova@amigo.edu.co

**** Docente investigadora de la Universidad Católica Luis Amigó, psicóloga y magíster en Neuropsicología y Educación de la Universidad Católica Luis Amigó. CvLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generar CurriculoCv.do?cod_rh=0000100101, Google Scholar: https://scholar.google.es/citations?user=YNwDcOcAAAAJ&hl=es, ORCID: https://orcid.org/ 0000-0002-0363-5461, correo electrónico: sindy.gallegota@amigo.edu.co

Resumen

El presente texto tiene como objetivo principal dar cuenta de la producción académica y jurídica referida a los aciertos y desafíos que presentan los procesos de reincorporación económica de mujeres firmantes de paz de las FARC-EP en Colombia. Como resultado, se encuentra que el componente económico es un factor determinante para los procesos de reincorporación, por ello, en los acuerdos se pactaron acciones como el censo socioeconómico, la identificación y puesta en marcha de programas y proyectos productivos, además del acceso a una renta básica mensual. Sin embargo, este tema es sensible debido a que por parte del Gobierno no se han cimentado las bases para la creación de nuevos empleos, tan necesarios para esta población que no cuenta con experiencia laboral certificada. En el caso de la reincorporación económica de las mujeres, la situación no es distinta, ellas deben asumir la mayoría de las veces la jefatura del hogar e ingresar a un mercado laboral que las excluye por su escasa experiencia, también deben lidiar con mayor rigor el estigma y la indiferencia ciudadana, que no les reconoce el rol como sujetos políticos en la guerra.

Palabras clave: acuerdo de paz, reincorporación económica, mujeres excombatientes.

Abstract

The present has as main objective to account for the academic and legal production referred to the successes and challenges presented by the processes of economic reincorporation of women ex-combatants of the FARC-EP in Colombia. As a result, it is found that the economic component constitutes a determining factor for the reincorporation processes, for this reason, in the agreements actions such as the socioeconomic census, the identification and implementation of productive programs and projects were agreed, in addition to the access of a basic monthly income. However, this issue is sensitive because the government has not laid the foundations for the creation of new jobs, so necessary for this population that does not have certified work experience. In the case of the economic reincorporation of women, the situation is no different. In many cases, they must assume the leader-

ship of the household and enter a labor market that excludes them due to their limited work experience; they must also more rigorously assume the stigma and citizen indifference, which does not recognize the role as political subjects that these women played in the war.

Keywords: Peace Agreement, Economic reincorporation, Women Veterans.

Resumo

O presente tem como principal objetivo dar conta da produção acadêmica e jurídica referente aos sucessos e desafios apresentados pelos processos de reinserção econômica de mulheres ex-combatentes das FARC-EP na Colômbia. Como resultado, verifica-se que o componente econômico constitui fator determinante para os processos de reincorporação, por isso, nos convênios foram acordadas ações como o censo socioeconômico, a identificação e implementação de programas e projetos produtivos, além da acesso a uma renda mensal básica. No entanto, esta questão é delicada porque o governo não lançou as bases para a criação de novos empregos, tão necessários para esta população que não possui experiência profissional certificada. No caso da reinserção económica da mulher a situação não é diferente, devendo em muitos casos assumir a chefia do agregado familiar e entrar num mercado de trabalho que a exclui devido à sua limitada experiência laboral, devendo também assumir com mais rigor o estigma e indiferença cidadã, que não reconhece o papel de sujeito político que essas mulheres desempenharam na guerra.

Palavras-chave: Acordo de paz, Reinserção económica, Mulheres Veteranas.

Introducción

Colombia ha tenido un amplio y extenso recorrido de conflicto armado en los últimos setenta años, grupos guerrilleros como las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP), el ELN, el M-19, el EPL, entre otras, así como actores paraestatales y estatales impactaron, sin lugar a duda, la vida de aproximadamente 8 775 884 de víctimas (Comisión de la Verdad, 2022); pero, aun así, como se establece el conflicto armado a partir de la participación de diferentes actores armados también se inician los procesos de paz, llevados a cabo por los presidentes. Estos acercamientos de paz con los grupos insurgentes empiezan con el presidente Cesar Turbay (1978-1982) y luego con Carlos Lleras Restrepo (1966-1970) a través de las Comisiones de Paz; tiempo después el presidente Belisario Betancur (1982-1986) establece los primeros diálogos con las FARC-EP y logra el cese al fuego conocido como los Diálogos de La Uribe, a los que se acogen la Autodefensa Obrera, el Ejército Popular de Liberación (EPL) y el M-19. Aunque el acuerdo terminó por deshacerse, el presidente de ese entonces, Virgilio Barco Vargas (1986-1990), retoma los diálogos y concreta con el M-19 la firma del acuerdo de paz por medio de la ley de amnistía, en 1989, por la que los militantes de este grupo armado entregan sus armas e inician el proceso de reintegración a la vida civil.

Después de un largo periodo de diálogos, llega a la presidencia Álvaro Uribe Vélez (2002-2010), quien logra la desmovilización de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) en el Acuerdo de Ralito; posterior a ello, Juan Manuel Santos (2010-2018) firma el acuerdo de paz con las FARC-EP en el 2016, llamado el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera.

Ahora bien, este acuerdo es de suma importancia para la historia del conflicto armado colombiano, ya que pone fin a la guerrilla más grande de Colombia,[1] que llevaba más de cincuenta años en confrontación con el Estado. En este diálogo de paz y cese al fuego se establecieron temas relevantes como la política de desarrollo agrario integral, la participación política, el fin del conflicto, la solución del problema de drogas ilícitas, la identificación y el reconocimiento de las víctimas del conflicto armado, así como también

1 En el 2010 se estimaba que las FARC estaban presentes en veinticuatro de los treinta y dos departamentos de Colombia; en el 2001 se estimaba un total de 16 000 militantes.

los mecanismos de refrendación de los acuerdos. Con este acuerdo se logró, en esa fecha, un total de 18 616 desmovilizados de las FARC-EP, y de 2002 a 2016 un total de 49 407, de los cuales 6506 fueron mujeres (Zamora, 2016).

En este sentido, el componente económico se constituye en un factor determinante para los procesos de reincorporación, debido al alto número de excombatientes que retoman su papel en la sociedad y que en su mayoría no cuentan con las bases económicas para poder subsistir por sus propios medios. Por ello, en los acuerdos se pactaron acciones como el censo socioeconómico, la caracterización y desarrollo de proyectos y programas productivos sostenibles, a través de la Cooperativa Economías Sociales del Común (ECOMUN)[2] y proyectos individuales; también, como parte de las garantías económicas, los excombatientes tienen derecho al acceso de una renta básica, la asignación única de normalización,[3] mayor aporte y control a la seguridad social y planes o programas sociales.

Sin embargo, a pesar de que se ha firmado un acuerdo, en la actualidad existe una problemática, puesto que hay puntos que no se han llevado a cabo por parte del Gobierno nacional o no se han cumplido de manera eficaz; así lo expresa Humberto de la Calle en la conferencia internacional del Acuerdo de Paz en Colombia, en la que hace alusión a la "ausencia de compromiso del Gobierno", culpándolo de problemas que se han incrementado en el país, como el aumento de la presencia de disidencias del Ejército de Liberación Nacional (ELN) y las FARC-EP en los municipios, el asesinato de excombatientes, el incumplimiento de las garantías de la renta básica, los aportes a la seguridad social y los apoyo pedagógicos que se prometieron en el Acuerdo de Paz.

Siendo esta una pieza importante para la reincorporación económica, como se establece en el Conpes 3931, en el numeral 5.3.3, que enuncia que dicha reincorporación se orienta a la generación de "alternativas productivas, colectivas e individuales" para la generación de ingresos sostenibles a largo y mediano plazo.

---

2 ECOMUN es el esfuerzo colectivo de exguerrilleros de las FARC-EP junto a las comunidades, para construir Paz con Justicia Social, Reconciliación y Buen Vivir, a través de la puesta en marcha de iniciativas de economía social y solidaria (cooperativas y otras formas asociativas). Para más información véase http://ecomun.com.co/.

3 Dos millones de pesos que se otorgan una sola vez a cada una de las personas en proceso de reincorporación para la satisfacción de necesidades básicas como, por ejemplo, ropa, enseres o elementos de aseo, entre otros.

Ahora bien, en este artículo confluyen dos temas principales, el primero es la reincorporación económica, es decir, cuando el excombatiente regresa a la sociedad pero centrándose en su actividad económica; el segundo es la perspectiva de género, haciendo énfasis en el rol de la mujer en el conflicto armado colombiano y la reincorporación de mujeres excombatientes.

Metodología

Esta investigación se fundamentó en el paradigma hermenéutico, que se orienta al entendimiento de la naturaleza de las realidades humanas, su estructura dinámica y los comportamientos y las manifestaciones de la cultura (Martínez, 2004). En coherencia con este paradigma, se asumió una investigación cualitativa de carácter documental que procura reflexionar sobre lo que ya se conoce (por ejemplo, teorías formuladas con anterioridad) para descubrir lo nuevo y desarrollar o plantear perspectivas de análisis (Flick, 2004). La investigación de tipo documental facilita el entendimiento de un objeto de estudio a partir de la selección, búsqueda, clasificación, sistematización y análisis; comprendido no solo como la indagación de información, sino como la cimentación de conocimiento de forma sistemática, controlada y rigurosa (Galeano, 2004).

Para el rastreo de la información se privilegió la ubicación de textos que abordan el conflicto armado y los escenarios de transición hacia la paz y el género; temáticas que se exploraron en bases de datos y archivos bibliográficos de diferentes instituciones dedicadas al tema. Además, bases de datos especializadas como Google Académico, Dialnet, Latindex, ScienceDirect, Redalyc y Scielo.

Cada texto seleccionado se incorporó primero en una tabla de inventario bibliográfico, en cuyo contenido se consignaron los datos específicos de cada documento; autor, año y fuente en la que fue publicado, además de registrar la información sobre el tema, el objetivo, los resultados y las conclusiones, y, posteriormente, se empleó una matriz de análisis categorial en la que se contrastó la información de diferentes fuentes, lo que permitió explorar los desarrollos y caracterizar la reincorporación a la vida civil de mujeres excombatientes en Colombia, haciendo énfasis en los aspectos económicos.

El largo camino jurídico hacia la paz

En este capítulo se abordará el recorrido que se ha hecho en Colombia sobre todo lo que se relaciona al conflicto armado, así como los antecedentes históricos de los procesos de paz que se fueron dando con los años, esto incluye los presidentes relevantes, sus aportes para la paz y lo referente a los pronunciamientos jurídicos pertenecientes a los acuerdos de paz. También se hará referencia a la incorporación económica en los acuerdos de paz que se llevaron a cabo en el 2016 y cuyos datos se separarán por género, con énfasis en las mujeres.

Si se habla de la experiencia en el conflicto armado interno, países como Colombia no se quedan atrás, ya que tienen un amplio camino recorrido en el tema. Se pensaba que a mediados de los sesenta en Colombia se había terminado la época de La Violencia, un periodo histórico en el que se presentaron enfrentamientos entre liberales y conservadores; periodo, además, en el cual se creó el Frente Nacional para calmar dicho enfrentamiento, una estrategia o pacto político que consistía en que los liberales y conservadores se alternaban el poder entre ellos y se distribuían, de forma equitativa, los cargos públicos con el fin de evitar más encuentros violentos entre estos grupos. Sin embargo, no surtió el efecto esperado y se generó, como consecuencia, el surgimiento y la radicalización de los grupos guerrilleros, espacio propicio en el que distintos actores armados estatales y paraestatales constituyeron las bases para un conflicto armado interno.

Así, la imposibilidad de participación política de distintos grupos sociales con ideologías opuestas al partido conservador y liberal da pie al surgimiento de movimientos sociales y grupos radicalizados, entre estos, el Movimiento Obrero Estudiantil y Campesino (MOEC) en 1959, las FARC-EP, en 1964, el Ejército de Liberación Nacional (ELN), en 1964, el Ejército Popular de Liberación (EPL), en 1967, y el Movimiento 19 de Abril (M-19) en 1974; la mayoría de ellos grupos armados al margen de la ley influenciados por las ideologías comunistas de Cuba y la Unión Soviética. Entre los intereses de estos grupos estaba erradicar el Frente Nacional con diferentes métodos, inicialmente robos, emboscadas, tomas guerrilleras y ataques, ya que lo veían como una violación a la democracia (ACR, 2016).

Este ambiente generalizado de violencia presionó al gobierno de Turbay, en 1981, para que iniciara los primeros "acercamientos" de paz, hecho que se conoce como el inicio de una política de negociación y la creación de instancias como la "Comisión de Paz". Sin embargo, dicho intento de

negociación se consideró nefasto, puesto que los directivos terminaron renunciando al considerar imposible solucionar la situación y entablar comunicación con los actores armados (ACR, 2016).

Luego, en el gobierno de Belisario Betancur se retoma la Comisión de Paz y se crea la comisión asesora por medio del Decreto 2711 de 1982, que sentó las bases para las negociaciones con los grupos insurgentes. De esta manera, se gestiona la "Comisión Nacional de Negociación y Diálogo" y se logra firmar el Acuerdo de La Uribe, también llamado Acuerdo de Cese al Fuego, Paz y Tregua; este proceso se ve truncado por la toma del Palacio de Justicia en 1985 y terminó con la eliminación de la comisión en 1986 (Moreira *et al.*, 2015).

Con la llegada de Virgilio Barco a la presidencia se crea la Consejería para la Reconciliación, Normalización y Rehabilitación (CRNR) para las negociaciones, y por parte de los grupos insurgentes surge la Coordinadora Guerrillera Simón Bolívar, logrando con estas negociaciones la desmovilización del M-19 gracias al Pacto Político por la Paz y la Democracia (Moreira *et al.*, 2015), la expedición de la Ley de Amnistía en 1989 y la Ley 77 de 1989 (diciembre 22), por la cual se faculta al presidente de la República para conceder indultos y se regulan los casos de cesación de procedimiento penal y de expedición de autos inhibitorios en desarrollo de la política de reconciliación (Congreso de Colombia, 1989).

Gracias a dicha ley se consigue la reincorporación a la vida civil de los desmovilizados del M-19, la circunscripción especial para la paz, la comisión académica no gubernamental sobre estupefacientes, la reforma electoral, el fondo nacional para la paz, la reforma a la justicia y otros temas relacionados con la democracia y el pacto político por la paz, también la desmovilización y dejación de las armas, la reinserción social, las garantías jurídicas, los programas productivos, la comisión de seguimiento y el plan de seguridad (ACR, 2016)

Por lo tanto, al hablar de la reincorporación se enuncia, en el segundo numeral del Acuerdo de Paz, lo siguiente:

> Para promover la incorporación a la vida civil de los guerrilleros y su tránsito de la lucha armada a la vida política, se comprometen a respaldar el establecimiento, por una sola vez, de una Circunscripción Especial de Paz para partidos políticos surgidos de movimientos alzados en armas desmovilizados y reincorporados a la vida civil.

> Dicha circunscripción para Senado de la República y Cámara de Representantes se aplicará, a más tardar, en las elecciones de 1992, y sus características se definirán entre los signatarios en posterior acuerdo (Movimiento 19 de abril, 1990).

Esta es de las primeras veces que se habla sobre la reincorporación de excombatientes; si bien no se menciona como tal la reincorporación económica, sí se hace referencia a la productividad y reincorporación social. En 1990, con el presidente Cesar Gaviria se continúa con los puntos de los acuerdos de paz con el M-19 y se da la famosa Asamblea Nacional Constituyente de 1991, con la inclusión de la "séptima papeleta" que dio paso a la nueva Constitución Política de Colombia. También se logra el comienzo de conversaciones con las FARC-EP y el ELN, que terminaron por el trágico asesinato del exministro Argelio Durán Quintero; sin embargo, se consiguió la firma del acuerdo de paz definitivo con el EPL, el Partido Revolucionario de los Trabajadores (PRT) y el Quintín Lame, la desmovilización de estos grupos y la reincorporación a la vida civil de sus militantes. Durante este gobierno también se creó la Dirección Presidencial para la Reinserción y la CRNR pasó a llamarse la Consejería para la Paz (Institución de Estudios para el Desarrollo y la Paz, 2013).

En el 2002 llegó Álvaro Uribe Vélez a la presidencia, y fue reelegido en el 2006. Durante sus primeros momentos de gobierno no había negociaciones con los grupos armados al margen de la ley, por el contrario, se mantuvo una confrontación abierta con ellos, especialmente con las FARC-EP. En ese mismo año del comienzo de su gobierno se crea la Ley 782 de 2002 para la desmovilización particular de guerrilleros o paramilitares y agrupada de grupos paramilitares, con la característica de la negativa al reconocimiento político como requisito para las negociaciones (Moreira *et al.*, 2015).

En el 2003 se logró, con la firma del Pacto de Ralito, la desmovilización de las AUC, pero se notaba la insuficiencia de la Ley 782 de 2002, por lo que se opta por crear la Ley 975 de 2005 en la búsqueda de poder perseguir y sentenciar a los miembros de los grupos armados al margen de la ley. La llamada Ley de Justicia y Paz tenía como finalidad facilitar el proceso de desmovilización de paramilitares, individual o colectiva, además de dar garantía a los derechos de las víctimas (ACR, 2016); además de ayudar a la reincorporación a la vida civil de los desmovilizados, pero, a cambio, se debía respetar el derecho a las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. El Gobierno tenía el plan de un dar y recibir: los desmovilizados reciben el beneficio de la reincorporación a cambio de contar la verdad.

Durante la presidencia de Juan Manuel Santos se inician las conversaciones en secreto con las FARC-EP en La Habana (Cuba), aunque de manera simultánea se enfrentaba con ellos para reducir el índice de criminalidad. Santos elevó en el 2011 el Programa para la Reincorporación a la Vida Civil a la Agencia Colombiana para la Reintegración (ACR), que contaba con cifras aproximadas de 57 000 desmovilizados; de ellos, 47 000 en proceso de reintegración, 4700 que finalizaron el proceso y más de la mitad establecida en sectores económicos formales o informales (ACR, 2016).

En el 2012 las conversaciones pasaron a ser negociaciones públicas y después de cuatro años se firma el Acuerdo para la Terminación Definitiva del Conflicto, dejando cifras, al 2019, de aproximadamente 13 000 personas acreditadas como excombatientes y 10 000 en proceso de reincorporación económica y social.

En este acuerdo se pasó del antiguo procedimiento de desarme, desmovilización y reincorporación (Martínez y Lefebvre, 2019) a uno con bases en los fundamentos de los procesos de Desarme, Desmovilización y Reintegración (DDR) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). El primer paso fue la dejación de armas, después se crearon las Zonas Veredales Transitorias de Normalización (ZVTN) y los Espacios Territoriales de eincorporación (ETCR) (ACR, 2016). Este proceso de paz concentra dos puntos sobre la reincorporación, el primero es la reincorporación económica, hablando no soólo de las ayudas actuales, sino también de la expectativa a largo plazo, y el segundo son las condiciones de seguridad de los reincorporados. Nace de igual forma la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), encargada de juzgar de manera especial y extraordinaria a los excombatientes que se acogieron a la desmovilización y que presentaran sus crímenes y su verdad, lo que les daría el beneficio de la reincorporación a la vida civil (ACR, 2016).

Para el tema de reincorporación económica y social, en el acuerdo final se elabora un apartado, en el que se habla sobre la creación del Consejo Nacional de la Reincorporación, que se encargaría de todo este proceso en el presente y el futuro, bien sea de hombres, mujeres o de los menores que se encontraban enlistados como combatientes (Martínez y Lefebvre, 2019).

Como estrategias de ayuda para la reincorporación se acuerdan los siguientes puntos:

- El censo socioeconómico, para conocer el estado actual en el que se encontraban los desmovilizados.
- La identificación de proyectos productivos sostenibles, para establecer un ingreso idóneo a la actividad económica futura.

Como garantías para la reincorporación económica y social acuerdan:

- La renta básica como primera medida, salario mínimo legal mensual vigente en un 90 % durante veinticuatro meses.
- La asignación única de normalización, la entrega de dos millones de pesos.
- Seguridad social, la garantía por parte del Gobierno nacional del pago de la seguridad social en salud y pensiones para aquellos reincorporados que no se encuentren unidos a actividades remuneradas.
- Estrategias o planes sociales de acuerdo con los resultados del censo socioeconómico, con el fin de identificar herramientas para el abordaje de los derechos fundamentales.
- Pedagogía para la paz: en la que las FARC designará tres voceros por cada ZVTN y PTN de los diez integrantes de las FARC autorizados para movilizarse a nivel municipal, para impartir actividades de pedagogía de paz en los concejos del municipio requerido (JEP, 2016, pp. 74-76).

Reincorporación a la vida civil: retos y desafíos

El secretario general de la ONU (Annan, 2005), en su nota a la Asamblea General, dio la definición de lo que son las normas integradas de DDR, todo con el propósito de otorgarles un control más amplio y específico y establecer unos lineamientos para los procesos de DDR a nivel mundial. En dicha nota se señala que existen tres etapas en este proceso: el desarme, la desmovilización y la reinserción, y la reincorporación. En cuanto al desarme[4], este se constituye en el primer paso, es el proceso en el que se reco-

4 Desarme se entiende como la entrega de armas por parte del grupo armado; desmovilización cuando el grupo armado se dirige a unos puntos específicos con el fin de iniciar con el proceso de

lectan, documentan y controlan todas las armas y todos sus derivados, que estaban a disposición del grupo armado o de la población civil. Kofi Annan (2005) hace la apreciación de la necesidad de crear un programa que se encargue de todo lo relacionado con este proceso.

La desmovilización, el segundo paso, consiste en que los combatientes pertenecientes a los grupos armados dejan atrás su papel en el conflicto armado y en el grupo, por lo que se ponen a disposición de las autoridades y pasan a ser desmovilizados. La reinserción, por lo tanto, es un paso intermedio, y surge cuando se le da asistencia a los excombatientes que pasaron a ser desmovilizados y que aún no han entrado a la reincorporación a la vida civil; el Estado les da una ayuda transitoria para cubrir las necesidades básicas. Cabe destacar que estas ayudas son a corto plazo.

La reincorporación es el tercer y último paso, es el proceso en el que los excombatientes vuelven a la vida civil, regresan a la sociedad mediante empleo y ayudas con el apoyo del Estado, aunque pueden recibir una ayuda externa. Este proceso es a largo plazo, por lo menos hasta lograr una estabilidad económica y social (Annan, 2005).

Ahora bien, Camilo González Posso, presidente del Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz (Indepaz), enunció lo que serían las diez conclusiones sobre las problemáticas que actualmente están perjudicando los acuerdos de paz con las agresiones a los excombatientes; en resumen, dice lo siguiente:

- Estigmatización: que recae sobre los acuerdos de paz y las condiciones de reintegración política de los excombatientes.
- La firma del acuerdo de paz no implica el fin de los conflictos y la violencia de forma inmediata; si bien este es el primer paso, y uno bien grande, no significa que se pueden descuidar los procesos de paz, al contrario, necesitan una mayor atención.
- Fallas en la implementación integral, oportuna y de buena fe del acuerdo de paz: al fallar en la implementación integral de los acuerdos se afectan las garantías de seguridad de aquellos que se comprometieron con la paz.

reinserción; la reinserción es el proceso que va desde la desmovilización hasta la reincorporación, y en el que se hace entrega de ayudas como alimentos, pensión, ropa, etc., y la reintegración se da cuando los que ya pasaron por las anteriores etapas regresan a la vida civil.

- Persistencia del paramilitarismo: si bien el desmantelamiento o la lucha contra el paramilitarismo hace parte de los acuerdos de paz, no es mucho lo que se ha avanzado; al contrario, aparece en nuevas formas y maneras.
- El mal funcionamiento de los programas de reincorporación y las medidas de protección de los reincorporados; como principal problema, las limitaciones de recursos y la insuficiente cobertura que dan los programas, que hacen que la reincorporación, junto con las garantías acordadas, se efectúe sin cumplir al 100 %.
- La desconfianza o el rechazo que se percibe en contra del proyecto político de Comunes en las regiones donde tuvo mayor presencia. Las zonas afectadas y las que estuvieron en un constante contacto con el grupo armado siguen sin confiar en la paz.
- En las zonas de economías ilegales existe actualmente una disputa para ver quién las controla, pues al momento de la desmovilización de las FARC se dejaron de usar estructuras económicas para el soporte de la guerra, entre ellas las plantaciones o el narcotráfico. Con la desmovilización quedó vacío el control de dichas zonas.
- La amenaza que representan los residuales y disidentes de las FARC, puesto que ellos presionan las deserciones, usan la violencia para obtener ayudas y atacan a los reincorporados.
- Los patrones de sistematicidad en las agresiones contra excombatientes: si bien es normal la estigmatización contra los excombatientes, pasó a ser una agresión sistemática, una ofensiva permanente (González, 2020).

Como expresó Camilo González Posso (2020), la situación de la reincorporación es cada vez más precaria, y con ello se está afectando a los que van a iniciar el proceso de desmovilización, los que ya iniciaron el proceso, los que están en el proceso de reinserción, los que ya iniciaron la reincorporación y los que ya la lograron.

La reincorporación social y económica se hace cada vez más difícil, el odio y la falta de apoyo que existe hoy en día hacia los reincorporados imposibilita su estabilidad en la sociedad, así como les está quitando la seguridad en la misma, ya que sus vidas se encuentran en una amenaza indirecta (González, 2020). Según el informe del secretario general sobre la Misión de Verificación de la ONU en Colombia (tercer periodo de 2022):

> Desde la firma del Acuerdo Final, 327 excombatientes han sido asesinados (incluidas 11 mujeres), 93 han sido víctimas de intentos de homicidio (incluidas 6 mujeres) y 27 han sido dados por desaparecidos (todos hombres). En el periodo sobre el que se informa hubo 11 asesinatos de excombatientes, incluido un feminicidio presuntamente cometido por la pareja de la excombatiente (Secretario general de la ONU, 2022).

Del mismo modo, la investigadora en asuntos de reinserción social Luisa Fernanda Mejía Gómez (2014) reflexiona sobre la percepción que tienen los excombatientes sobre los beneficios ofrecidos por la Política de Reintegración Social y Económica, en la que se encuentra que, en términos generales, Los excombatientes manifestaron descontento particularmente en relación a la falta de oportunidades laborales y dificultades en la reincorporación económica así como en la falta de implementación de programas de formación y apoyo. Adicionalmente, expresaron preocupaciones sobre su integridad personal y seguridad; estas inquietudes muestran desafíos importantes en el proceso de reintegración y ponen de manifiesto la transición de excombatientes a la vida civil. De igual forma, los excombatientes sienten que el acceso a los beneficios se llega a troncar por falta de oportunidades laborales, por lo que sienten que la ACR no está tomando en cuenta este panorama, ya que los excombatientes deben optar entre trabajar o recibir los beneficios; todo esto, además de afectar los activos económicos así como su reintegración integral, los pone a depender del programa, sumándolos a la alta tasa de desempleo de los desmovilizados, contrariando lo planeado por la ACR, puesto que no hay demanda de empleo.

También se critican los requisitos o procedimientos que tienen que realizar los excombatientes para poder acceder a los beneficios, como sería la generación de ingresos, que para algunos de ellos es la forma en la que la entidad complejiza y desestimula el interés y la voluntad para acceder a los beneficios.

Sobre la reincorporación económica de las mujeres en Colombia

En este apartado se sintetiza lo abordado en los capítulos anteriores, y se revisan los temas del rol de la mujer en el conflicto armado colombiano y la reincorporación social y económica que se acordó en el 2016 con la firma del Acuerdo Final.

Hace mucho se formó la imagen de que en la guerra prima el papel del hombre, mientras que el de la mujer se queda atrás en otras labores como las domésticas, todo desde el punto de vista de las características biológicas diferenciales entre el hombre y la mujer. Pero el papel de la mujer en la guerra ha sido fundamental. Desde el siglo IV a. C., en Atenas y Esparta había mujeres que participaron en las guerras griegas; también hay registros de cadáveres de mujeres esclavas que hicieron parte del combate. El papel de la mujer adquirió un cambio drástico durante la Primera Guerra Mundial —aunque no fue una labor directa en el campo de batalla—, pues mientras los hombres iban a prestar servicio militar en la guerra se produjo un gran decrecimiento en la producción y en la mano de obra en las fábricas, razón por la cual las mujeres debieron encargarse de los trabajos en estos espacios, demostrando así su capacidad para desempeñarse en tareas diferentes a las del hogar (Aragón, 2011). Además, las que no estaban en las fábricas o en las casas se encontraban sirviendo como enfermeras en los hospitales, ubicados cerca de las zonas de enfrentamiento. De modo que el papel de las mujeres como enfermeras en la Primera Guerra Mundial era indispensable (Alexiévich, 2015).

En la Segunda Guerra Mundial la mujer no solo se encargaba del hogar, de las fábricas o de atender a los heridos en los hospitales, sino que hizo parte activa dentro de los enfrentamientos, como artilleras, pilotos, francotiradoras, espías, en funciones de reconocimiento, logística, enfermería, entre otras (Alexiévich, 2015).

Ahora bien, en el conflicto armado colombiano se veía a la mujer como sujeto pasivo, como una víctima, aunque esto no quita que un gran número de mujeres en contra de estos estereotipos decidieran hacer parte del conflicto y transgredir el modelo hegemónico de mujer tradicional (Vásquez, 2000). Sin embargo, cuando se habla sobre el proceso de desarme, reinserción y reincorporación, la política del gobierno según el CNMH (2014) se ha centrado en el rol familiar de la mujer (como madre o soporte familiar) y, por lo tanto, no se ha hecho énfasis de otras dimensiones de la vida de las excombatientes en su transición hacia la reincorporación. Esto mantiene la imagen de la mujer como cuidadora y no como sujeto político con las mismas garantías de participación en el escenario de lo público.

En cuanto al aspecto económico, existe una diferencia un tanto significativa, ya que hay una brecha entre el hombre y la mujer en materia de preparación formativa, salud —tanto física como mental— y generación de ingresos. A modo de ejemplo, se cuenta con las cifras de iniciativas produc-

tivas, separadas por género y sector económico, que suministra el Registro Nacional de Reincorporación: de los hombres, un 64,6 % está en el sector agropecuario, un 15,1 % en el sector del comercio, un 3,9 % en alimentos y bebidas, y un 13 % se dedica a otras labores (2,9 % a la mecánica automotriz, un 2,2 % a servicios varios y un 3,4 % no sabe/no responde); sobre las mujeres, un 52 % de ellas está en el sector agropecuario, un 18,4 % en el sector de comercio, un 6,7 % en alimentos y bebidas, un 17,4 % se dedica a otras labores (4,4 % a servicios varios, 4 % a manufacturaciones y confecciones y un 5,5 % no sabe/no responde). Cabe resaltar que esta cifra es de los reincorporados que se acogieron al acuerdo de paz firmado en el 2016 entre las FARC y Colombia (Martínez y Lefebvre, 2019, p. 29).

Sobre la preparación formativa, en el censo socioeconómico realizado por la Universidad Nacional de Colombia (2017), como parte de los acuerdos de paz, en la sección sobre alfabetismo y nivel académico, esta cifra es general y no está diferenciada, y sirve como apertura del tema. El censo entrega los siguientes datos: un 90 % sabe leer y escribir; por otra parte, un 57 % llegó al nivel de básica primaria, un 21 % hasta el de básica secundaria, un 8 % cuenta con una media vocacional, un 3 % con educación superior y un 11 % no tiene ningún nivel educativo (CPSDP, 2017).

En este escenario, cobra importancia las reivindicaciones cotidianas que realizan las mujeres a través de la gestión de redes con diferentes actores institucionales, no institucionales y de cooperación internacional para la formulación de proyectos de orden económico y social a pequeña escala, que permite generar fuentes de ingresos en un contexto de desigualdades estructurales que las ubican en condiciones de pobreza. Estos espacios también contemplan la participación en proceso de "Educación formal (básica, media, técnica, tecnológica, universitaria) y educación para el trabajo y el desarrollo humano, así como de validación y homologación de saberes y conocimientos" (JEP, 2016) aprendidos en la militancia armada y que en la vida civil se constituye en un requisito ineludible para el ingreso al mercado laboral. En las reivindicaciones cotidianas de las mujeres en los diferentes territorios aparece ECOMUN, una figura central, producto del Acuerdo de Paz, que tiene como propósito apoyar el carácter colectivo de la reincorporación. Así, su papel se ha concentrado en apoyar los proyectos productivos y garantizar el acompañamiento técnico y económico para que estas iniciativas surtan el efecto esperado y garanticen medianamente la subsistencia familiar de los reincorporados.

Reflexiones finales

A Colombia no le hace falta experiencia cuando habla de conflicto armado, pero es muy diferente cuando se refiere a la reincorporación. La apuesta que se ha hecho durante estos últimos años ha sido un amplio recorrido para llenar vacíos y aprender de los errores, y si bien el Gobierno ha mostrado su interés por la paz, así como los excombatientes que han dado su aporte y su verdad, al hablar de lo que ocurre después de que el excombatiente ingresa nuevamente a la vida civil se ve la gran problemática de la incapacidad para hacer efectiva la reincorporación tanto social como económica, siendo esta última demasiado precaria.

En este sentido, es necesario garantizar en los procesos de reincorporación a la vida civil el derecho fundamental del trabajo como un indicativo imperante en la construcción de proyectos de vida y prevenir de esta manera condiciones de pobreza y en algunos casos la articulación en actividades ilegales o en la dependencia económica del Estado. "La inclusión laboral de los excombatientes es lograda mediante la materialización del derecho fundamental al trabajo que permita el ejercicio de una actividad productiva como empleados o como dueños de una unidad de negocio" (Gil, 2016, s. p.).

Sin embargo, en el informe que entrega Jairo Estrada (2020) señala que a tres años de haberse iniciado formalmente el proceso de reincorporación, los proyectos productivos no están operando como se esperaba, por ejemplo, el 68,2 % de la población exguerrillera no tiene aún su iniciativa económica aprobada. "Así es que, la gran mayoría de los exguerrilleros y exguerrilleras (incluidos los que tienen proyectos productivos) no cuentan con un ingreso mensual estable derivado de una actividad productiva o de su participación en el mercado de trabajo" (s. p.). Por ello, es entendible que dependan aún del ingreso mensual (asignación mensual equivalente al 90 % del SMLV).

La garantía del derecho fundamental del trabajo va de la mano con el reconocimiento de la persistencia del conflicto armado y de escenarios de violencia estructural en el que habitan hoy los excombatientes, muestra de ello son los asesinatos reiterativos que se han cometido en contra de esta población en el contexto de la civilidad. En este sentido, la construcción de paz que se promueve en los distintos programas institucionales y a partir de las iniciativas de las comunidades, no puede desconocer el contexto de violencia estructural en el que se gestan estas propuestas, así como tampoco puede desconocer los aprendizajes políticos y los empoderamientos adquiridos en el marco de la militancia armada de las FARC y que en la vida civil se evidencian a través de prácticas económicas y sociales (Morales, 2019).

Así, es importante contemplar el enfoque de género en los procesos de reincorporación puesto que van encaminados a garantizar que las mujeres, en este caso, que hicieron parte de las Farc tengan condiciones especiales ante los desafíos que enfrentan en la vida civil, pues muchas de ellas no tienen la misma preparación que los hombres y no sólo deben enfrentar el estigma social e indiferencia ciudadana producto de su participación como guerrilleras, sino que además se ven obligadas a velar por la subsistencia del núcleo familiar. Ante esta situación, las mujeres, están decididas a participar en las comunidades a través de iniciativas productivas como parte de su compromiso con la paz.

Referencias

Agencia Colombiana para la Reintegración de Personas (ACR). (2016). Reseña histórica institucional. https://www.reincorporacion.gov.co/es/agencia/Documentos%20de%20Gestin%20Documental/Rese%C3%B1a_Historica_ACR.pdf.

Alexiévich, S. (2015). *La guerra no tiene rostro de mujer*. Debate. https://cursoshistoriavdemexico.files.wordpress.com/2018/09/alexiev-svetlana-la-guerra-no-tiene-rostro-de-mujer-historia-de-las-mujeres-del-ejercito-rojo-1.pdf.

Annan, K. (2005). Phased funding requirement for DDR. En *Financing and budgeting* (pp. 34-35). https://www.unddr.org/modules/IDDRS-3.41-Finance-and-Budgeting.pdf.

Aragón, A. (2011). ¿Los hombres son guerreros y las mujeres pacíficas? La estereotipación de género en el ámbito de la seguridad internacional. *Prisma Social*, (7), 248-274. https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=353744579009.

Centro Nacional de Memoria Histórica (2014). Desafíos para la reintegración: enfoques de género, edad y etnia. http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/informes/publicaciones-por-ano/2013/desafi- os-para-la-reintegracion-enfoques-de-genero-edad-y-etnia.

Centro de Pensamiento y Seguimiento al Diálogo de Paz (CPSDP). (2017). Caracterización comunidad FARC-EP. http://pensamiento.unal.edu.co/fileadmin/recursos/focos/piensa-paz/docs/presentacion_censo_farc.pdf.

Comisión de la verdad (2022). Cifras de la Comisión de la Verdad presentadas junto con el Informe Final. https://web.comisiondelaverdad.co/actualidad/noticias/principales-cifras-comision-de-la-verdad-informe-final.

Congreso de Colombia (19 de noviembre de 1982). Ley 35 de 1982. Por la cual se decreta una amnistía y se dictan normas tendientes al restablecimiento y preservación de la paz. https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1591525.

Congreso de Colombia (22 de diciembre de 1989). Ley 77 de 1989. Por la cual se faculta al presidente de la República para conceder indultos y se regulan casos de cesación de procedimiento penal y de expedición de autos inhibitorios en desarrollo de la política de reconciliación. http://www.lexbase.co/lexdocs/indice/1989/l0077de1989#:~:text=%22%20Congreso%20de%20Colombia%3A%20Ley%2077,de%20la%20pol%C3%ADtica%20de%20reconciliaci%C3%B3n.

Congreso de Colombia (30 de diciembre de 1993). Ley 104 de 1993. Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=8743#:~:-text=Las%20normas%20consagradas%20en%20la,reconocidos%20en%20la%20Constituci%C3%B3n%20Pol%C3%ADtica.

Congreso de Colombia (26 de diciembre de 1997). Ley 418 de 1997. Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6372.

Congreso de Colombia (25 de julio de 2005). Ley 975 de 2005. Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios. https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2013/04/Ley-975-del-25-de-julio-de-2005-concordada-con-decretos-y-sentencias-de-constitucionalidad.pdf.

Congreso de Colombia (10 de junio de 2011). Ley 1448 de 2011. Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1448_2011.html.

Congreso de la Colombia (4 de abril de 2017). Acto Administrativo 01 de 2017. Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=80615.

Estrada, J. (2020). Trayectorias cruzadas e inciertas de la reincorporación integral. https://cepdipo-co.org/publicacion?p=126/01.-Colecci%CC%81n-Cuadernos-de-la-Implementaci%C3%B3n---La-Situaci%CC%81n-General Flick, Uwe (2004). Introducción a la investigación cualitativa.

Galeano, E. (2004). *Estrategias de investigación cualitativa. El giro en la mirada*. La Carreta Editores.

Gil, I. (2016). Inclusión laboral de los excombatientes durante el posconflicto. *Nuevos paradigmas de las ciencias sociales latinoamericanas*, *8*(14), 137-186.

González, C. (12 de noviembre de 2020). Los reincorporados entre tres fuegos. La hiperestigmatización, fallas en implementación

integral y asesinato sistemático. Indepaz. https://indepaz.org.co/los-reincorporados-entre-tres-fuegos-la-hiper-estigmatizacion-fallas-en-implementacion-integral-y-asesinato-sistematico/.

Institución de Estudios para el Desarrollo y la Paz (Indepaz). (2013). Los procesos de paz con el M-19, el EPL, el Quintín Lame y el PRT desde 1989 a 1991. http://www.indepaz.org.co/wp-content/uploads/2013/04/Los_proceso_de_paz_con_el_M19-EPL-Quint%C3%ADn-Lame-1989-1991.pdf.

Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). (24 de noviembre de 2016). Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. https://www.jep.gov.co/Marco%20Normativo/Normativa_v2/01%20ACUERDOS/Texto-Nuevo-Acuerdo-Final.pdf?csf=1&e=0fpYA0.

Martínez, M. (2004). *Ciencia y arte en la metodología cualitativa*. Editorial Trillas.

Martínez, H. y Lefebvre, I. (2019). *La reincorporación económica de los excombatientes de las fArc* . Fundación Ideas para la Paz. https://multimedia.ideaspaz.org/media/website/FIP_NE_Reincorporacion.pdf.

Mejía, F. (2014). *La reintegración social y económica de los grupos armados ilegales en Colombia: reflexiones a partir de la trayectoria de nueve excombatientes* [Tesis de Maestría]. Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia.

Morales, M. (2019). *Las ideas no se desmovilizan. Narrativas sobre el agenciamiento político de mujeres excombatientes desmovilizadas individualmente de organizaciones insurgentes en Colombia* [Tesis de Maestría]. Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia.

Moreira, A., Forero, M. y Parada, A. (2015). *Dossier proceso de paz en Colombia*. Barcelona Center for International Affairs. https://www.cidob.org/publicaciones/documentacion/dossiers/dossier_proceso_de_paz_en_colombia/dossier_proceso_de_paz_en_colombia.

Movimiento 19 de abril (9 de marzo de 1990). Acuerdo político. https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/CO_900309_Acuerdo%20Pol%C3%ADtico%20Entre%20El%20Gobierno%20Nacional%20los%20Partidos%20Pol%C3%ADticos%20y%20El%20M-19.pdf.

Ochoa, K. y González, K. (2017). *El papel de las mujeres en las fArc* . Universidad Santo Tomás, Facultad de Gobierno y Relaciones Internacionales. https://facultadgobiernoyrelinter.usta.edu.co/images/documentos/Disputatio_Vol2_El_papel_de_las_mujeres_en_las%20_farc.pdf.

Presidencia de la República (19 de septiembre de 1982). Decreto 2711 de 1982. Por el cual se crea una comisión asesora. https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1881504.

Presidencia de la República (17 de febrero de 2017a). Decreto Ley 277 de 2017. Por el cual se establece el procedimiento para la efectiva implementación de la Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016 "por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=79453#:~:text=El%20presente%20decreto%20tiene%20por,la%20Ley%201820%20de%202016.

Presidencia de la República (5 de abril de 2017b). Decreto Ley 588 de 2017. Por el cual se organiza la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la no Repetición. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=80633.

Secretario General de la ONU (30 de junio de 2022). *Misión de verificación de la ONU en Colombia*. https://colombia.unmissions.org/reportes.

Universidad Nacional de Colombia (2017). *Caracterización comunidad FARC-EP*. Consejo Nacional de Reincorporación.

Vásquez, M. E. (2000). *Escrito para no morir. Bitácora de una militancia.* Panamericana.

Zamora, H. (23 de octubre de 2016). 63 mil personas se han desmovilizado en Colombia. *El Espectador*. https://www.eltiempo.com/especiales/cifras-de-desmovilizados-en-colombia-49334.

Revista *Ratio Juris* Vol. 18 N.º 36, 2023, DOI: 10.24142/raju, pp. 49-72 © UNAULA

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

ANÁLISIS ÉTICO DE LAS DINÁMICAS TERRITORIALES EN EL CORREDOR MULTIMODAL DEL ABURRÁ NORTE*

ETHICAL ANALYSIS OF TERRITORIAL DYNAMICS IN THE ABURRÁ NORTE MULTIMODAL CORRIDOR

ANÁLISE ÉTICA DA DINÂMICA TERRITORIAL NO CORREDOR MULTIMODAL DO NORTE DE ABURRÁ

HUGO NELSON CASTAÑEDA-RUIZ **
ÁNGELA MARÍA GÓMEZ-OSORIO***
JHONNY ALEXANDER HERRERA-MEJÍA****
MAURICIO MUÑOZ-CEBALLOS*****

Recibido: 27 de noviembre de 2022 - Aceptado: 13 de marzo de 2023 -
Publicado: 23 de mayo de 2023
DOI: 10.24142/raju.v18n36a3

---

* Este artículo es producto del proyecto de investigación "Dilemas éticos de las intervenciones territoriales en el Área Metropolitana del Valle de Aburrá", la cual se encuentra terminada desde el año 2022. La investigación fue adelantada por el grupo gIDPAD a través de su línea de investigación en Pensamiento Ecologizante y Formación Bioética, por el grupo gIMSC y por el grupo HTM. El investigador principal fue Hugo Nelson Castañeda Ruiz y los coinvestigadores Ángela María Gómez Osorio, Jhonny Alexander Herrera Mejía y Mauricio Alberto Muñoz Zapata. Las instituciones que financiaron la investigación fueron la Universidad de San Buenaventura Medellín y la Fundación Grupo HTM.

** Abogado, especialista en Responsabilidad Civil, secretario del Comité de Bioética de la Universidad de San Buenaventura Medellín e investigador del Grupo gIDPAD de la Universidad de San Buenaventura Medellín. Google Scholar: https://scholar.google.com/citations?user=bdrNjtoAAAAJ&hl=es&oi=ao, ORCID: https://orcid.org/0000-0002-6324-8201, correo electrónico: hugo.castaneda@usbmed.edu.co

*** Socióloga, especialista en Gestión de la Calidad Universitaria, docente e investigadora de la Universidad de San Buenaventura Medellín. Google Scholar: https://scholar.google.com/citations?hl=es&user=hqgOd5gAAAAJ, ORCID: https://orcid.org/0000-0003-1301-0980, correo electrónico: angela.gomez@usbmed.edu.co

Resumen

El acercamiento a las realidades del corredor multimodal del Aburrá Norte se hizo utilizando la observación participante y el rastreo documental. El hallazgo principal fue que el desarrollo del corredor multimodal priorizó la instalación de servicios en la vía, la construcción de proyectos urbanísticos y los cambios en el uso de la tierra que generaron problemáticas sobre el uso del agua y de los recursos naturales, así como la contaminación del aire, entre otros daños. La planeación del corredor favoreció estas dinámicas económicas debido a los réditos que le generan a los municipios, pero no se tuvieron en cuenta otras dimensiones como las ambientales y sociales, situación que puede extenderse en el futuro hacia el desarrollo de las vías del Nus, obra que se conecta con el corredor multimodal, con el riesgo de que las dinámicas en ambos territorios sean insostenibles en el largo plazo. Como conclusión, se proponen metodologías de gestión territorial participativas que tengan en cuenta las dimensiones y dinámicas de cada contexto socioecológico para que los proyectos sean sostenibles.

Palabras clave: dinámicas territoriales, sostenibilidad, gestión territorial participativa, comunidades y Valle de Aburrá.

Abstract

The approach to the realities of the multimodal corridor of Aburrá Norte was made using participant observation and documentary tracking. The main finding was that the development of the multimodal corridor prioritized the installation of services on the road, the construction of urban projects and changes in land use that generated

**** Ingeniero, especialista en Gestión Ambiental y magíster en Medioambiente y Desarrollo, docente e investigador de la Universidad de San Buenaventura Medellín. Google Scholar: https://scholar.google.es/citations?hl=es&pli=1&user=iStoemAAAAAJ, ORCID: https://orcid.org/0000-0002-6419-3775, correo electrónico: jhonny.herrera@usbmed.edu.co

***** Ingeniero Forestal, magíster en Estudios Urbano Regionales, investigador del Grupo HTM, docente Universidad de Antioquia. Google Scholar: https://scholar.google.es/citations?view_op=new_articles&hl=es&imq=Mauricio+Mu%C3%B1oz+Zapata#, ORCID: https://orcid.org/my-orcid?orcid=0000-0002-2724-1002&justRegistered, correo electrónico: mmunoz@grupohtm.org

problems regarding the use of water and natural resources, as well as air pollution, among others. The planning of the corridor favored these economic dynamics due to the revenues they generate for the municipalities, but other dimensions were not taken into account, such as ones: environmental and social, this situation could be extended in the future to the development of the Nus roads, this situation may extend in the future to the development of the Nus roads, a project that connects with the Multimodal Corridor, with the risk that the dynamics in both territories will be unsustainable in the long term. In conclusion, participatory territorial management methodologies are proposed that take into account the dimensions and dynamics of each socio-ecological context so that the projects are sustainable.

Keywords: territorial dynamics, sustainability, participatory territorial management, communities and Aburrá Valley.

Resumo

A aproximação às realidades do corredor multimodal Aburrá Norte foi feita por meio de observação participante e rastreamento documental. A principal constatação foi que o desenvolvimento do corredor multimodal priorizou a instalação de serviços na via, a construção de projetos urbanísticos e as mudanças no uso do solo que geraram problemas quanto ao uso de água, recursos naturais, bem como a poluição do ar, entre outros. O planeamento do corredor favoreceu estas dinâmicas económicas pelas receitas que geram para os municípios, mas não foram tidas em conta outras dimensões, tais como: ambiental e social, situação que poderá ser alargada no futuro para o desenvolvimento do Nus estradas, obra que liga ao corredor multimodal, com o risco de a dinâmica em ambos os territórios se tornar insustentável a longo prazo. Em conclusão, propõem-se metodologias de gestão territorial participativa que tenham em conta as dimensões e dinâmicas de cada contexto socioecológico para que os projetos sejam sustentáveis.

Palavras-chave: dinâmica territorial, sustentabilidade, gestão territorial participativa, comunidades e Valle de Aburrá.

Introducción

El territorio es y será por su connotación una construcción social de carácter multidimensional, en el cual se delimita una extensión terrestre que incluye relaciones de poder desde la posesión del espacio (Montañez y Delgado, 1998), siendo el territorio ese objeto de desarrollo de operaciones y actividades de carácter biofísico y antrópico donde se llevan a cabo intervenciones con la finalidad de utilizar su espacio o sus recursos naturales. Las más afectadas por las intervenciones territoriales son las comunidades biológicas y sociales que habitan estos escenarios. Las comunidades sociales construyen su perspectiva de territorio vinculado a la cotidianidad desde la cual visualizan los impactos y las transformaciones; estas situaciones de cambio deberían ir acompañadas de propuestas con una intencionalidad ética (Hernández, 2005), o, si se quiere, bioética, esto es, en beneficio de la vida, procurando la supervivencia humana y el cuidado de la diversidad biológica y cultural.

Al pensar que una intervención territorial debe tener consideraciones éticas se está contemplando como mínimo a los habitantes y a las comunidades biológicas del territorio como actores principales de estas intervenciones.

En el caso de las comunidades, no es solo tenerlos en cuenta para la aprobación del proyecto (como sucede en muchos casos de consulta previa y la aplicación del consentimiento libre, previo e informado), como un ejercicio escueto de participación, sino considerar real y honestamente las necesidades y expectativas que esa comunidad tiene frente al proyecto o la obra que se vaya a realizar. Si esto no sucede, pasa lo que la mayoría de las veces ocurre y es que a los habitantes les llega el “desarrollo”, pero descontextualizado de las necesidades de la comunidad, es decir, que el territorio avanza en beneficio de otros, pero no de aquellos que lo habitan y, en el fondo, por esto, no se satisfacen sus necesidades reales (Urrutia-Sánchez y Muñoz-Parra, 2017).

Una intervención territorial ética implica que:

- Las comunidades intervenidas conozcan con claridad y comprendan el proceso que se está desarrollando en el territorio y sepan a qué situaciones se están enfrentando. Así tendrán la información suficiente para comprender la importancia de la situación y pueden definir si están de acuerdo con dicha intervención.
- Que las comunidades puedan deliberar y sopesar los beneficios contra los riesgos que se correrían en esta intervención.

- Que se tengan en cuenta los factores bióticos (fauna y flora) y abióticos (agua, recursos minerales, etc.) del territorio y se proteja la biodiversidad que existe en este.
- Que se les permita a las comunidades hacer propuestas y participar de los beneficios de la intervención.

De esta forma, se puede definir cuál es la línea de relación entre las organizaciones o instituciones encargadas de la intervención territorial y la comunidad o comunidades que habitan el territorio, haciendo especial énfasis en garantizar los derechos mínimos de respeto, igualdad y dignidad, al igual que la participación directa en la construcción y transformación del territorio.

Es por este motivo, que en el presente proyecto se quieren mostrar algunos de los resultados de la transformación que se ha venido ejecutando en los últimos veinte años en el corredor multimodal del norte del Valle de Aburrá, pero también algunos dilemas que se presentan o presentaron durante este tiempo.

El objetivo es revelar las situaciones que han generado resultados que no propenden por la protección de la vida, la naturaleza y la participación de las comunidades en la planificación del territorio objeto de indagación, lo cual le permitiría a los tomadores de decisión (agentes) y a los actores que lo habitan o lo utilizan para que, a través de su participación conjunta, se puedan corregir y no repetir algunas prácticas inadecuadas, contribuyendo a una gestión territorial participativa.

Por este motivo, el presente artículo se dividirá en cuatro partes, en la primera se describirá la metodología utilizada para este trabajo, luego se mostrarán los resultados de este proceso, en un tercer momento se mostrarán los análisis y discusiones de esta información y se concluirá mostrando los desafíos, los vacíos y las nuevas líneas que se puedan explorar sobre este tema.

Metodología

El enfoque metodológico utilizado fue el cualitativo, pues permite que los investigadores capten la realidad desde su percepción. Para dar mayor objetividad se usaron dos mecanismos de recolección de información que se pudieron comparar, como la observación y el análisis documental (incluyendo las imágenes satelitales), los cuales fueron analizados de forma independiente por los investigadores.

Para el trabajo de observación se visitaron las zonas de influencia del corredor multimodal en varias ocasiones. En las primeras visitas se hicieron una serie de recorridos donde los investigadores anotaban lo observado, y donde el derrotero de la observación fueron las problemáticas socioambientales en las intervenciones territoriales. Cuando se terminó este ejercicio los investigadores, de forma individual, respondieron las siguientes preguntas:

- ¿Cuáles son las intervenciones territoriales que se han efectuado en el corredor multimodal del norte del Valle de Aburrá?
- ¿Cuáles son las principales problemáticas identificadas debido a las intervenciones territoriales en esta zona (corredor multimodal del norte del Valle de Aburrá)?

En la segunda fase del trabajo de observación, los investigadores, de forma individual, debían corroborar y complementar las respuestas a estas dos preguntas, no solo observando el territorio nuevamente, sino utilizando el diálogo informal con actores vinculados a las acciones antrópicas del territorio de interés, para validar algunos aspectos de la observación.

Por último, se realizó un análisis documental, esto es,

> la captación del investigador de datos aparentemente desconectados, con el fin de que a través del análisis crítico se construyan procesos coherentes de aprehensión del fenómeno y de abstracción discursiva del mismo, para así valorar o apreciar nuevas circunstancias (Botero, 2003, p.).

Se buscó información de trabajos de grado, trabajos académicos, documentos oficiales y periodísticos sobre las intervenciones y transformaciones en la zona de influencia, también se hizo un análisis de imágenes recuperadas de los programas informáticos Google Maps y Copernicus, así como fotografías tomadas por los miembros del equipo.

Hallazgos

Toda la zona del norte del Valle de Aburrá ha sufrido grandes transformaciones en los contextos sociales, culturales, económicos y territoriales, pues algunas actividades económicas y dinámicas que eran propias de las zonas urbanas se han trasladado al campo, lo que ha cambiado sustan-

cialmente el uso del suelo, provocando una serie de problemáticas que antes no se presentaban en la ruralidad.

Los primeros escenarios de cambio fueron todas aquellas áreas que se encuentran ubicadas en la zona de influencia del corredor multimodal de servicios Aburrá Norte; se presentaron modificaciones en los usos de los suelos que eran rurales y el establecimiento de servicios en la vía como bodegas, parques industriales, servicios al turismo, parqueaderos, entre otros, así como proyectos urbanísticos de vivienda.

La cercanía y la conectividad de esta autopista que comunica a Medellín y el Área Metropolitana con la costa Caribe y otras regiones de Colombia han logrado atraer grandes proyectos como el Centro Logístico Industrial del Norte, el cual es considerado el más importante que se desarrolla en esta región y está ubicado en el municipio de Girardota. Todos estos proyectos y las características territoriales de este corredor multimodal están logrando que el norte sea un eje industrial y comercial del Valle de Aburrá.

Los suelos que antes eran rurales y se expresaban en grandes extensiones de vegas y terrazas asociadas a los meandros del río Medellín, usados como pastizales para ganado, cambiaron de finalidad con la intervención territorial, para dar paso a la construcción de la doble calzada, a finales del siglo XX, que permitió conectar al mercado principal que es Medellín con el norte del Aburrá, que es, a su vez, la puerta de entrada al Área Metropolitana desde las subregiones del norte y del nordeste antioqueño.

Estos terrenos comenzaron a ser ocupados poco a poco por equipamientos básicos para servicios a la vía como bodegas y parques industriales, que fueron instalándose atraídos por la localización privilegiada que les daba el acceso rápido por la doble calzada, el cual ha contribuido en el mejoramiento de la movilidad, orientado desde las directrices metropolitanas por medio de la figura de centros logísticos en donde se promovía la localización de industrias, agroindustrias y parques hacia el corredor norte del Valle de Aburrá, tal como lo propusieron en su momento las directrices del Área Metropolitana (AMVA, 2007) y cuyas actividades podrían ser compatibles con usos recreativos pensados para el corredor suburbano, como las fincas de recreo, segunda residencia o parcelaciones.

Esta situación se materializa en los cambios que han experimentado estos municipios a nivel urbano-regional, y que se observan a través de los procesos de urbanización de las áreas rurales, convirtiéndose en franjas periurbanas, al igual que la comunicación urbano-rural, reflejándose en un proceso más ágil en la comercialización de los productos, el aumento del

número de la población y la utilización del suelo (cultivos, fincas de recreo y de sitios habitacionales), valorizando las propiedades, el asentamiento de empresas a nivel industrial y de servicios, ofreciendo nuevas oportunidades de empleo, entre otros aspectos (Mora, 2019, p. 124).

Otra de las actividades que se ha dinamizado de forma progresiva es el turismo rural y recreativo, aunque, como ya se ha mencionado, esto ha mejorado las dinámicas económicas de algunos residentes de la zona.

El problema central se presenta en la demanda del territorio y de su ecosistema que se pueden ver directamente afectados, no solo por el turismo, sino por la construcción y los servicios industriales, pues, como ya se indicó, son muchas las empresas de industria y de servicios que se han instalado en la zona rural del Aburrá Norte, algunas con el propósito de estar cerca de las materias primas, otras para abaratar costos de producción, lo que aporta puestos de trabajo de mano calificada y no calificada, pero también generan una serie de consecuencias a nivel ambiental y rural como la destrucción de los suelos, la apropiación de los recursos hídricos y el deterioro medioambiental, por consiguiente:

> Dentro del aspecto económico del Aburrá Norte, se generan las siguientes corrientes económicas: su mayor potencial económico se ve reflejado en las zonas industriales ubicadas en su mayoría en el eje central del río Aburrá Norte, también se genera un gran desarrollo de la agricultura (caña, café, cebolla, mango, etc.), la ganadería (vacuno, porcino y equino), manufacturas varias, comercio, pesca, el turismo y la valorización de los predios gracias a la industria turística desarrollada como potencial del Aburrá (Ochoa, 2011, p.).

En síntesis, el uso del suelo no solo se centra en la agricultura, sino también en proyectos económicos instalados por agentes y actores (como el Estado, las empresas y los nuevos habitantes) que utilizan los recursos sin atender las características socioambientales del territorio, por ejemplo, la instalación de empresas de transformación de productos cárnicos (canales de cerdo, canales de pollo, entre otros) en la vereda La Chosca, en Copacabana, y en la vía Hatillo-Barbosa, que causan fuertes olores, lo que afecta a la población aledaña.

En las comunidades de influencia del corredor lineal las principales problemáticas son la modificación física de su paisaje, así como el nuevo uso de los suelos por equipamientos de servicios a la vía y por el desarrollo de proyectos de vivienda, tal y como se puede observar en la figura 2.1,

específicamente en las fotografías Puerta del Norte, el sector de Niquía, la planta de tratamiento de aguas residuales y en la vía Hatillo-Girardota.

Algunas áreas que antes eran de uso rural cambiaron hacia actividades de carácter industrial, comercial y de servicios, tal y como se muestra en las fotografías de la planta de tratamiento de aguas residuales, el Parque Industrial San Francisco de Asís, el sector El Zarzal, el barrio El Trapiche, el Parque Industrial en San Andrés y en el Peaje El Trapiche (figura 2.1).

También se han construido obras de infraestructura vial y peatonal como aparece en el Peajito Social, el puente peatonal en el Barrio Villanueva y el Puente San Juan de la Tasajera.

No sobra advertir el aumento considerable de vehículos particulares, de transporte público y de transporte de mercancías en el sector, como se pudo constatar en el trabajo de observación.

2013	2019
Puerta del Norte	
Niquía	

Figura 2.1. Análisis de comparación cronológico 2013-2019 del corredor multimodal

Fuente: Google Maps.

Planta de tratamiento de aguas residuales	
Peajito Social	
Barrio Villanueva (Haceb)	
Sector El Zarzal	
Puente San Juan de la Tasajera	

Figura 2.1. (Continuación) Análisis de comparación cronológico 2013-2019 del corredor multimodal

Fuente: Google Maps.

Parque Industrial San Francisco de Asís	
Vía Hatillo-Girardota	
El Trapiche	
Parque Industrial San Andrés	
Peaje El Trapiche	

Figura 2.1. (Continuación) Análisis de comparación cronológico 2013-2019 del corredor multimodal

Fuente: Google Maps.

En el ejercicio de observación, específicamente en los diálogos informales, se pudo constatar que en el territorio se han generado procesos de transformación de sus paisajes y de los elementos culturales, ancestrales y económicos de sus comunidades, llevando al cambio de dinámicas y la movilidad de los antiguos habitantes de sus territorios por la construcción e

instalación de obras y proyectos económicos, por ejemplo, el equipamiento al servicio de la vía como parqueaderos, centros logísticos, estaciones de servicios y restaurantes, entre otros, que han generado presiones para que se modifiquen los usos del suelo, para lo cual se compraron tierras para construir estos equipamientos, pero también por la valorización de los terrenos que genera el encarecimiento del costo de vida en la región, obligando a sus antiguos habitantes a vender y migrar a otros lugares.

De acuerdo con lo anterior, los actores comunitarios nos hablaron de la sensación de "confinamiento" debido a la instalación de los equipamientos, que a través de los años vienen "arrinconándolos" cada vez más y en donde la presión inmobiliaria ha hecho que el precio de la tierra aumente, encareciendo la vida que tenían antes y provocando que muchos vecinos comiencen a vender sus tierras, sea para uso industrial, para servicios de transporte asociados a la vía (doble calzada), para fincas de recreo o de segunda residencia.

En el trabajo de observación se encontró que la instalación de fincas de recreo o de segunda residencia es otro de los fenómenos que se presenta y que poco se visibiliza, pues es muy sutil al no ser tan impactante visualmente como sí lo es la construcción e instalación de un artefacto voluminoso como las bodegas industriales; por el contrario, estas fincas de recreo se mimetizan con el paisaje, pero también tienen alto impacto en la manera como las comunidades tradicionales hacían uso de su territorio. Por ejemplo, en las inmediaciones del corredor multimodal, en los últimos años, se ha generado la pérdida de servidumbres comunitarias, un crecimiento en la demanda de recursos como el agua, el aumento en el tráfico vehicular que afecta las vías veredales que no estaban diseñadas para soportar tal volumen de carros y dificultades en la destinación final de los residuos sólidos y de aguas negras, así como problemas de convivencia, por mencionar algunos.

Este hallazgo se corrobora en el artículo "Transformación en los usos del suelo de Barbosa. El caso de las fincas de recreo" (Díaz *et al.*, 2017) donde se hace especial referencia a que este tema está determinado por los intereses y las necesidades que se están presentado en el Área Metropolitana, pues la cercanía con la ciudad de Medellín genera un cambio en la utilización del suelo y del territorio, ya que no solo es un espacio de actividades productivas, sino que también se convierte en un lugar de zonas industriales y de turismo impulsadas por los gobiernos locales que hacen especial énfasis en los Planes de Desarrollo de Barbosa (2012-2015 y 2015-2019). Se observa, por ejemplo, que se han incentivado el turismo y los usos de recreo

de las parcelas y fincas sin tener un estudio de las implicaciones que pueden traer al territorio, así como a las comunidades rurales y al medioambiente.

Todo lo anterior lleva a que la contaminación sea otro aspecto importante del impacto por la transformación de este territorio, por ejemplo, en el mes de marzo del 2020, de acuerdo con información del Sistema de Alerta Temprana del Valle de Aburrá (SIATA), específicamente del índice de Calidad del Aire (ICA), los niveles de PM2.5 en las estaciones Girardota (S. O. S. Aburrá Norte), Barbosa (Torre Social), Copacabana (Ciudadela Educativa, Cultural y Ambiental La Vida) y Bello (I. E. Fernando Vélez) llegaron a color naranja, esto significa que en ese momento los niveles de material particulado podían ser dañinos o tener repercusiones en la salud para grupos sensibles, material emitido principalmente por fuentes fijas y móviles, esto es, industria y movilización vehicular que impactan en el sector y que se suman a los fenómenos meteorológicos vinculados al transporte de material particulado.

Otro problema significativo es el manejo de los residuos sólidos, asunto que se agrava debido a que los Planes de Gestión Integral de Residuos Sólidos Regionales (PgIRS) de los municipios de influencia del corredor multimodal del Aburrá Norte, no contemplan planes específicos para esta zona, al igual que la presión sobre los acuíferos por uso industrial y la contaminación de otras fuentes hídricas, lo que se verifica con las visitas de campo y las imágenes satelitales donde se observan algunas dificultades para cumplir con las rondas hídricas en el río Aburrá (conocido como río Medellín), esto es, la franja de retiro de treinta metros de cualquier tipo de actividad comercial, industrial y residencial, como lo menciona el artículo 83 del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, Decreto 2811 de 1974.

Los sectores más urbanos cerca al corredor multimodal de servicios tienen mayor incidencia sobre las rondas hídricas del río Aburrá. En la figura 2.2 se observa, sobre la longitud del río, la presión del urbanismo y de los servicios hacia la vía. En este tramo de los municipios de Bello y Copacabana se aprecia claramente que no se acatan las rondas hídricas en los recuadros: en uno se resalta la presión que ejerce sobre la ronda hídrica una empresa minera y en el otro la presión que ejerce el crecimiento urbano del barrio La Asunción del municipio de Copacabana.

Figura 2.2 Ronda hídrica en Bello y Copacabana

Fuente: Copernicus. Imagen Sentinel-2 L2A 2022-05-12.
Combinación de bandas (8-4-3 color infrarrojo).

En el municipio de Girardota también se puede apreciar una situación similar a la anterior, donde empresas de desarrollo de minería de canteras afectan considerablemente las zonas de inundación del río; de igual manera, las empresas de prestación de servicios en el corredor ejercen presión sobre las rondas hídricas, como es el caso de los centros logísticos industriales señalados en los recuadros negros (figura 2.3).

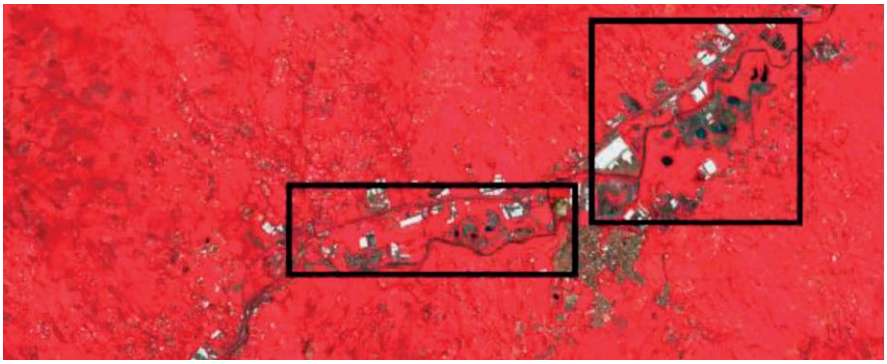


Figura 2.3 Ronda hídrica en Girardota

Fuente: Copernicus. Imagen Sentinel-2 L2A 2022-05-12.
Combinación de bandas (8-4-3 color infrarrojo).

En el municipio de Barbosa las rondas hídricas se ven presionadas a una menor escala, pero el establecimiento de nuevas empresas y de servicios hacia la vía van ocupando las áreas cercanas a dichas rondas (figura 2.4).

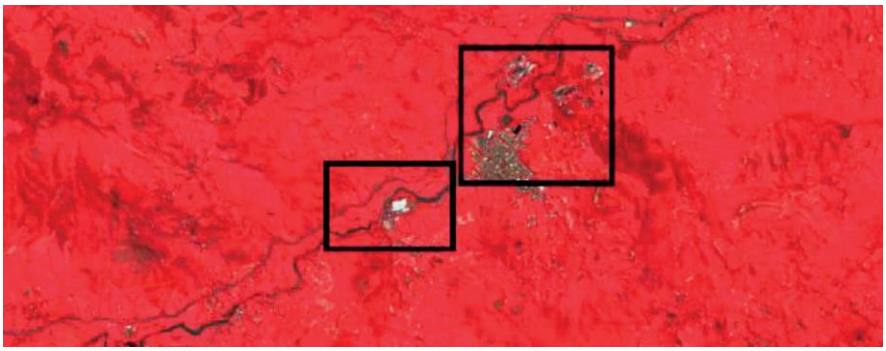


Figura 2.4 Ronda hídrica en Barbosa

Fuente: Copernicus- Imagen Sentinel-2 L2A 2022-05-12.
Combinación de bandas (8-4-3 color infrarrojo).

Algunas de las comunidades del Aburrá Norte, de gran dinamismo con el corredor vial, como el sector El Machete en la vereda La Lomita del municipio de Barbosa, y la vereda San Andrés y Mercedes Abrego en el municipio de Girardota, han generado acciones de empoderamiento comunitarios y de apropiación de su territorio. Dichas comunidades han ejercido acciones de resistencia desde su reconocimiento social, así como el aprovechamiento de su acervo histórico y cultural para la defensa de su territorialidad, como es el caso de la comunidad de San Andrés, que tiene una protección jurídica mediante la Resolución 027 de 1999 y el Registro del Ministerio del Interior y de Justicia Oficio 07-24848-DET-1000, donde se reconocen como comunidad étnica, de origen afrodescendiente (Larraín y Madrid, 2017, pp. 130-132).

La conexión de este corredor vial antes denominado doble calzada Bello-Hatillo, con la vía de cuarta generación (4G) vías del Nus, logra conectar al Valle de Aburrá con el nordeste y con el Magdalena Medio antioqueño. Esta importante conexión territorial plantea desafíos prospectivos en la planificación del territorio y se debe tener en cuenta que existirá una cohesión intrarregional que va a requerir servicios en la vía para mejorar la competitividad, lo que significará una modificación futura del paisaje y, por

consiguiente, una transformación en las condiciones de la vida social, así como en la fauna, flora y en la calidad del aire, el agua y los suelos.

De acuerdo con lo anterior, en las figuras 2.5 y 2.6 se observa este nuevo desarrollo de las vías del Nus, donde se evidencia que, hasta el momento, aparte de la construcción de la vía no hay una transformación importante del paisaje y del territorio.

Figura 2.5 Municipio de Barbosa, vías del Nus

Fuente: elaboración propia.

Figura 2.6 Municipio de Santo Domingo, vías del Nus

Fuente: elaboración propia.

Discusión

De acuerdo con los hallazgos obtenidos en la investigación, se puede inferir lo siguiente: el desarrollo de proyectos lineales, como las autopistas, genera múltiples transformaciones en los territorios; algunas benefician a la población, pero otras causan múltiples afectaciones. En el desarrollo del corredor multimodal Bello-Barbosa no se observa, en los hallazgos, valoraciones paisajísticas y de estudios prospectivos que permitan proyectar las dinámicas y transformaciones que se puedan producir en las áreas de influencia, como sucede con las construcciones que no cumplen con las rondas hídricas o aquellas que rompen con la armonía del paisaje.

En los resultados no se encontraron evidencias de que se hayan tenido en cuenta, en las decisiones gubernamentales sobre la planeación del corredor, los estudios sobre los cambios de las dinámicas del territorio, especialmente en las modificaciones del paisaje y de los usos del suelo, situación que llevó a la aceleración de los procesos y generación de impactos ambientales (Herrera y Caballero, 2019); una muestra de ello son las construcciones urbanísticas y la instalación de fincas de recreo que generan procesos de gentrificación (Borja *et al.*, 2021), donde las comunidades locales se pueden desplazar porque se sienten presionadas por los nuevos costos de los servicios básicos, así como el agotamiento y la contaminación de los recursos, situaciones que son impuestas, en muchos casos, por agentes económicos y políticos.

Referente a este tema, en el trabajo de Herrera y Caballero (2019) se hacen unos planteamientos técnicos que tratan de dar respuesta a los grandes cambios que se manifiestan en las áreas donde habitan las comunidades; allí se propone realizar análisis metodológicos que sirvan de referentes técnicos para que faciliten y ayuden a la comprensión de las dinámicas territoriales que se exteriorizan en algunos tramos de las autopistas.

Dichos estudios centran su atención en las transformaciones que se efectúan en diferentes temporalidades en los paisajes, como quiera que las autopistas son sistemas que transforman el territorio y sus dinámicas, en tanto se localizan actividades, se cambian los usos del suelo y los patrones de distribución de la población, y estos, a su vez, generan un sinnúmero de flujos con nuevas transformaciones, por lo que se hace pertinente incluir la valoración del paisaje en la planificación de este tipo de proyectos y, en general, en los procesos de ordenación del territorio para minimizar los impactos que se puedan ocasionar.

La situación del cambio de los usos de suelo y del territorio aceleran las tensiones que se presentan entre lo rural y lo urbano, prevaleciendo en medio de las comunidades, los gobernantes y los visitantes, sin entender que esta situación sin unas estrategias y planes bien elaborados pueden generar consecuencias a nivel social, económico y ambiental (Díaz *et al.*, 2017).

Estas tensiones, derivadas de las intervenciones territoriales en el proceso de desarrollo del corredor multimodal, generaron fenómenos de resistencia de la población que dieron como resultado la organización de las comunidades para que tuvieran más fuerza de negociación y pudieran dialogar con actores y agentes que inciden sobre su entorno, lo cual les dio más posibilidades de ser escuchados, participando de forma más activa en las decisiones; inclusive, han logrado visibilizarse ante los entes territoriales y de control como actores con protagonismo en el desarrollo o la planeación de sus propios contextos socioecológicos, como es el caso del sector El Machete, en la vereda La Lomita del municipio de Barbosa, y la vereda San Andrés y Mercedes Abrego en el municipio de Girardota.

Acorde con lo anterior, los autores concuerdan con el trabajo de Palacios *et al.* (2017, p. 101) en que el territorio para las comunidades es un contexto socioecológico que tiene una connotación de derecho humano, por el que es importante organizarse y luchar, como sucede con las comunidades antes mencionadas.

Esta participación ha ido escalando en protagonismo, a tal punto que ya las comunidades destinan tiempo para actividades de formación con el fin de cualificarse y adquirir herramientas y competencias para generar procesos de negociación sobre los proyectos que tienen incidencia en su contexto.

Como sucede en este caso, el proyecto y la ejecución del corredor multimodal se viene desarrollando desde hace muchos años, y obedece a propuestas que se diseñan y piensan en el mediano y largo plazo beneficiando los factores económicos. Por ley, estas propuestas deben ser consultadas con las comunidades, pero según lo observado eso no sucede, porque la comunidad es informada de las transformaciones territoriales que se proyectan, lo que contribuye a que exista un modelo de dispersión promovido por factores económicos que se aleja de los ideales de la administración pública tradicional de ciudad compacta (Calvache, 2021, p. 382).

Además, pocas veces están cohesionados como un grupo que tenga visibilidad para que los entes territoriales y demás agentes con poder para intervenir el territorio los consideren actores válidos y con representatividad para negociar sobre el rumbo que va tomando el desarrollo territorial hacia el futuro.

Otra dificultad que se presenta es que las comunidades, en muchas ocasiones, no tienen la formación idónea para comprender y dimensionar las transformaciones territoriales que tendrán sus espacios de vida en el futuro, de ahí la importancia de que la información suministrada sea accesible a la comunidad, esto es, que el lenguaje utilizado sea sencillo y técnico.

Muñoz y Nieto (2016) se refieren a la restauración ambiental que se desarrolló en el norte del Valle de Aburra en los municipios de Copacabana, Girardota y Barbosa. A partir de un diagnóstico basado en recorridos territoriales y encuestas familiares, se determinó que hay un deterioro de las microcuencas que abastecen de agua a los territorios en cuestión, debido a las siguientes causas:

- La deforestación en los nacimientos y retiros de aguas por el proceso de extensión urbana, en especial la construcción de fincas de recreo y la ganadería extensiva, así como la escasa planeación para una producción agrícola sostenible.
- La agricultura a partir del uso de agroquímicos, que producen acidez del suelo, erosión y contaminación de las fuentes de agua.
- Los vertimientos de aguas residuales en fuentes de agua veredales que son usadas para el consumo humano y animal, por el inadecuado manejo de los pozos sépticos, los residuos industriales, etc.
- El manejo inadecuado de los residuos sólidos que generan contaminación del aire, de acuíferos y de agua superficial.

Estos hallazgos son corroborados en los resultados presentados en el acápite anterior, lo cual sugiere una inadecuada planeación del territorio, donde no se tuvieron en cuenta todas las dimensiones presentes en el contexto socioambiental; aunque se pudo determinar la prelación de la dimensión económica sobre todas las demás.

De acuerdo con lo anterior, se recomienda una mejor planeación que tenga en cuenta factores que eviten el agotamiento de los recursos, así como el aprovechamiento de la vía y la disminución de conflictos con las comunidades, por lo tanto, los municipios que tienen áreas sobre el corredor multimodal deben establecer en sus planes de ordenamiento los respectivos usos que se determinarán sobre este, para disminuir las tensiones territoriales sobre la distribución espacial de los servicios hacia la vía y la distribución de la población; donde no se vean tan afectadas las áreas que dan soporte ambiental y económico al sistema urbano regional.

Según los últimos hallazgos del trabajo, es importante recordar que los territorios de las vías del Nus (figuras 2.5 y 2.6), que tienen conexión con el corredor multimodal, podrían transformarse, sufriendo una suerte parecida a lo ocurrido en la doble calzada Bello-Hatillo, donde se instalaron servicios a la vía y otro tipo de actividades, sin mucha planeación, que fueron transformando el paisaje y, por ende, el territorio.

Este tipo de desarrollos viales 4G pueden mejorar las dinámicas económicas de los municipios, por eso son permitidos por las administraciones municipales, toda vez que les generan rentas. Es posible que los municipios que se conecten con estas nuevas vías también van a tener impactos en el recaudo, pero como contracara está el aumento de la contaminación, el cambio en las dinámicas territoriales y la afectación a las comunidades y particulares que pueden impactar la salud pública y perturbar, en el futuro, la propia sostenibilidad del territorio.

De acuerdo con lo observado, se considera pertinente que:

- Se le dé importancia a la formación de las comunidades, especialmente a las nuevas generaciones, para preservar su historia, costumbres y tradiciones y mediar entre las nuevas dinámicas que se presentan, por ejemplo con la construcción y los desarrollos de proyectos como el corredor multimodal.
- Crear más mecanismos de control de los procesos de cambio y de transformación que se están presentando en las zonas que pueden afectar directamente a las prácticas económicas, familiares y socioculturales, así como al medioambiente.
- Generar procesos de sensibilización y formación hacia los directivos y personal de las empresas industriales y de servicio que están llegando a la zona y que están cambiando el entorno, para que minimicen las consecuencias negativas como la destrucción de los suelos, la apropiación de los recursos hídricos y el deterioro de los ecosistemas vitales para las especies nativas de fauna y flora, entre otras.
- Una planeación que tenga en cuenta los criterios de gestión territorial participativa, donde las comunidades aporten con su conocimiento del territorio y se involucre a la academia y a los agentes económicos y políticos.

Conclusiones

Los proyectos de desarrollo que se vienen generando al norte del Valle de Aburrá han sido el producto del establecimiento del corredor multimodal que contempló la doble calzada. Municipios como Barbosa, Girardota, Copacabana y Bello determinaron nuevos usos del suelo sobre el área de influencia del corredor multimodal, donde las áreas de mayores transformaciones son las que están más cerca de la autopista.

El punto fuerte de la propuesta planteada fue la pertinencia del tema, pues aunque las transformaciones e intervenciones territoriales siempre estarán presentes, en este caso obedecen a un ejercicio de planificación consignado en las directrices metropolitanas de ordenamiento territorial que han regido el destino del norte del Valle de Aburrá. Por lo tanto, es posible documentar y registrar las evidencias de las transformaciones e intervenciones. El punto débil está en la constatación de los hallazgos con la misma comunidad que habita en este espacio, por lo que se recomienda, en una futura investigación, revisar con ellos lo encontrado y proponer, a partir de ejercicios de construcción colectiva, esto es, mancomunadamente con las comunidades, mecanismos que se puedan sugerir a las administraciones municipales y al Área Metropolitana para mejorar o remediar las dificultades encontradas en el estudio.

Es importante destacar que las intervenciones que se vienen realizando paulatinamente en el norte del Valle de Aburrá, en especial en los municipios de Copacabana, Girardota y Barbosa, han generado hasta el momento implicaciones positivas y negativas con respecto a las comunidades que habitan el territorio, pero en la mayoría de estas no se han realizado estudios acuciosos que midan realmente el impacto a nivel económico, social, cultural y ambiental que pueden tener dichas intervenciones. De hecho, ya se visualizan algunas situaciones que plantean algunas investigaciones como son el cambio de actividad en el uso del suelo, la marca a nivel ambiental y ecosistémica, las afectaciones a nivel social de la comunidad en general y los cambios productivos que influyen en la economía del sector, entre otros.

Podría ser de gran relevancia plantear en los territorios donde se están desarrollando proyectos de tan alto impacto, como son las autopistas, estudios prospectivos sobre las transformaciones y sus posibles consecuencias, y, de acuerdo con esto, incluir a las comunidades de las áreas de influencia para que participen en la planeación y establecer procesos formativos donde se preparen para dichos cambios, de esta manera, se minimizan los riesgos y se pueden realizar intervenciones que sean sostenibles.

Se propone que, desde la academia y otros sectores, se acerquen a las comunidades para trabajar en conjunto en procesos que busquen su formación ciudadana, empoderamiento y sostenibilidad (o sustentabilidad) territorial, de la siguiente forma:

Escuchando a las comunidades sobre las experiencias que han tenido en relación con las intervenciones que los actores y agentes han hecho en sus territorios.

Realizando actividades formativas que propendan por la lectura del territorio, entendiendo sus dinámicas y riquezas bioculturales, acorde con las necesidades detectadas y expresadas por las comunidades.

Realizando, desde la academia, procesos de gestión territorial participativa que intenten acercar a las comunidades con la academia y los agentes políticos y económicos que intervienen en sus territorios, para generar mejores procesos de planeación, donde los recursos no se agoten y las alianzas sean a largo plazo.

Referencias

Aguilera-Guzmán, R. M., Mondragón, L. y Medina-Mora, M. E. (2008). Consideraciones éticas en intervenciones comunitarias: la pertinencia del consentimiento informado. *Salud Mental*, *31*(2), 129-138. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-33252008000200007&lng=es&tlng=es.

Área Metropolitana del Valle de Aburrá (AMVA). (2007). *Directrices Metropolitanas de Ordenamiento Territorial; hacia una región de ciudades*. Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín.

Borja, E., Insuasty, A. y Valencia-Grajales, J. F. (2022). ¿Gentrificación o reordenamiento criminal del territorio urbano? Caso Medellín (Colombia). *Ratio Juris*, *17*(34), 263-288. https://publicaciones.unaula.edu.co/index.php/ratiojuris/article/view/1347.

Botero, A. (2003). La metodología documental en la investigación jurídica: alcances y perspectivas. *Opinión Jurídica: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín*, (4), 109-116.

Calvache, J. P. (2021). Introducción a la revitalización urbana y operadores urbanos en la ciudad de Medellín. *Ratio Juris*, *16*(33), 379-408. https://doi.org/10.24142/raju.v16n33a3.

Díaz, V., Restrepo A. y Castañeda, M. (2017). Transformación en los usos del suelo de Barbosa. El caso de las fincas de recreo. *Bitácora*, (3), 61-69.

Hernández, C. (Comp.). (2005). *Trabajo comunitario: selección de lecturas*. Editorial Caminos. http://www.cencos22oaxaca.org/wp-content/uploads/2020/08/El-trabajo-comunitario-coP.pdf#page=457.

Herrera, J. A. y Caballero, J. H. (2019). Metodología de análisis de las dinámicas, cambios y transformaciones territoriales que se presentan en los paisajes de influencia de un proyecto de desarrollo lineal. Autopista Medellín Puerto Triunfo. *El Ágora USB*, *19*(1), 197-218. https://doi.org/10.21500/16578031.4127.

Larraín, A. y Madrid, P. J. (2017). Manifestaciones artísticas y culturales afrocolombianas. Una aproximación al caso de Girardota (Antioquia). *Historia y Memoria*, (15), 107-135. https://doi.org/10.19053/20275137.n15.2017.4926.

Montañez, G. y Delgado, O. (1998). Espacio, territorio y región: conceptos básicos para un proyecto nacional. *Cuadernos de Geografía: Revista Colombiana de Geografía*, *7*(1-2), 120-134. https://revistas.unal.edu.co/index.php/rcg/article/view/70838.

Mora, A. M. (2019). *Autopistas de primera generación y el desarrollo de los territorios: caso Girardota-Antioquia*. [Tesis de maestría]. Medellín, Universidad Nacional de Colombia, Colombia. https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/75563/45549520.2019.pdf?isAllowed=y&sequence=1.

Muñoz, S. y Nieto, M. (2016). *Valle de Aburrá: transformaciones territoriales, deterioro ambiental y propuesta de restauración colectiva*. [Informe de práctica]. Medellín, Universidad de Antioquia, Colombia. https://bibliotecadigital.udea.edu.co/handle/10495/17415.

Ochoa, B. (2011). *Participación como auxiliar de investigación en el proyecto de investigación denominado metodología para la intervención de suelos suburbanos, caso de estudio Aburrá Norte*. [Tesis de grado]. Medellín, Universidad de San Buenaventura, Colombia. http://bibliotecadigital.usb.edu.co/bitstream/10819/940/1/Caracterizacion_suelos_suburbanos_Ochoa_2010.pdf.

Palacios, Y., González, Á. C. y Monsalve, D. (2018). El eco-etnodesarrollo en el Chocó biogeográfico. Estudio a partir del extractivismo y las luchas sociales por el territorio. *Ratio Juris*, *13*(26), 81-114. https://doi.org/10.24142/raju.v13n26a4.

Urrutia-Sánchez, V. y Muñoz-Parra, C. H. (2017). Intervenciones genéricas en territorios con particularidades únicas. Asumir y diferenciar la condición de ruralidad. *Cuadernos de Vivienda y Urbanismo*, *10*(19), 41-67. https://doi.org/10.11144/Javeriana.cvu10-19.igtp.

Revista *Ratio Juris* Vol. 18 N.º 36, 2023, DOI: 10.24142/raju, pp. 73-88 © UNAULA

ARTÍCULO DE REFLEXIÓN

CONDICIONES DE POSIBILIDAD DE LA POLÍTICA EXTERIOR COLOMBIANA EN EL GOBIERNO DE GUSTAVO PETRO FRENTE A LA EMERGENCIA CLIMÁTICA Y LA PROBLEMÁTICA AMBIENTAL

CONDITIONS FOR THE POSSIBILITY OF COLOMBIAN FOREIGN POLICY IN THE GUSTAVO PETRO GOVERNMENT IN THE FACE OF THE CLIMATE EMERGENCY AND ENVIRONMENTAL ISSUES

CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE DA POLÍTICA EXTERNA COLOMBIANA NO GOVERNO DE GUSTAVO PETRO FRENTE À EMERGÊNCIA CLIMÁTICA E AOS PROBLEMAS AMBIENTAIS

María Andrea Canchila-Velilla*
Juan José Gómez-Betancur**
Juan Esteban Torres-Raigoza***
Breyner Valbuena-Molina****

Recibido: 27 de noviembre de 2022 - Aceptado: 13 de marzo de 2023 -
Publicado: 23 de mayo de 2023
DOI: 10.24142/raju.v18n36a4

* Estudiante de Ciencia Política, Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín. CvLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0002005229, Google Scholar: https://scholar.google.com/citations?hl=es&authuser=1&user=fdjSTWAAAAAJ, ORCID: https://orcid.org/0000-0002-1675-1189, correo electrónico: mcanchila@unal.edu.co

** Estudiante de Ciencia Política, Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín. CvLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001835627, Google Scholar: https://scholar.google.com/citations?user=r-6pKRYAAAA-J&hl=es, ORCID: https://orcid.org/my-orcid?orcid=0000-0002-5330-4249, correo electrónico: jgomezbe@unal.edu.co

Resumen

Este trabajo pretende, a través de una revisión bibliográfica y por medio de un enfoque de teoría del sistema-mundo, reflexionar respecto a las iniciativas en política exterior emprendidas por el actual gobierno de Colombia frente a la crisis climática. Para esto, se ha realizado una reseña sobre la política exterior colombiana en materia medioambiental, buscando la interconexión entre las formas de producción internas ambientalmente agresivas, el papel que ha desempeñado el Estado colombiano para la protección del medioambiente en sus relaciones con los demás países de la región y el impacto que esto ha tenido en el territorio nacional. Con base en lo anterior, se hace un análisis sobre las posibilidades del Estado colombiano frente a un escenario en donde se posicione como Estado abanderado en la lucha contra el cambio climático, abordando problemáticas como la deuda y el cambio en el modelo de producción.

Palabras clave: política exterior colombiana, Gustavo Petro, emergencia climática, medioambiente, modelo de producción.

Abstract

This paper aims to reflect on the initiatives in foreign policy undertaken by the current government of Colombia in response to the climate crisis through a literature review and a world-system theory approach. It provides an overview of Colombian foreign policy in environmental matters, exploring the interconnection between environmentally aggressive domestic production patterns and Colombia's historical role on the international stage. Additionally, it examines the role played by the Colombian state in environmental protection in its

*** Estudiante de Ciencia Política, Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín. CvLAC https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0002089051, orcid: https://orcid.org/0009-0002-2476-2635, correo electrónico: jtorresra@unal.edu.co

**** Estudiante de Ciencia Política, Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín. CvLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?codrh=0002092541, orcid: https://orcid.org/0009-0004-7565-3054, correo electrónico: valbuena@unal.edu.co

relations with other countries in the region and the impact this has had on national territory. Taking these factors into account, the analysis explores the possibilities for the Colombian state to position itself as a leading advocate in the fight against climate change, addressing issues such as debt and a shift in the production model.

Keywords: colombian foreign policy, Gustavo Petro, climate emergency, environment, production model.

Resumo

Este trabalho pretende, por meio de uma revisão bibliográfica e de uma abordagem da teoria do sistema mundial, refletir sobre as iniciativas de política externa empreendidas pelo atual governo colombiano diante da crise climática. Para isso, foi feita uma revisão da política externa colombiana em matéria ambiental, buscando a interligação entre as formas de produção interna ambientalmente agressivas e o papel que a Colômbia desempenhou historicamente no cenário internacional, por outro lado, sobre o que tem sido o papel que o Estado colombiano desempenhou na proteção do meio ambiente em suas relações com os demais países da região e o impacto que isso teve no território nacional. Levando isso em conta, analisam-se as possibilidades do Estado colombiano em um cenário em que a Colômbia se posiciona como o Estado bandeira na luta contra a mudança climática, abordando problemas como o endividamento e a mudança do modelo produtivo.

Palavras-chave: política externa colombiana, Gustavo Petro, emergência meteorológica, meio Ambiente, modelo de produção.

Introducción

En septiembre de 2022, el presidente de Colombia, Gustavo Petro, realizó un discurso ante la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) que causó un gran impacto mediático. Los puntos claves sobre los que versó su intervención, en términos ambientales, fueron los siguientes: establecer una estrategia conjunta contra el cambio climático, visibilizar el fracaso de la guerra contra las drogas, además de su costo ambiental y humano, y presentar a Colombia como una pieza clave en la lucha contra el modelo consumista impuesto por las potencias capitalistas del norte global (Pacheco, 2022).

La denuncia ante la crisis climática y la responsabilización de los países industrializados en ello fue un aspecto sobre el que se puso mayor atención a nivel global y quizás el más trascendente, si se quieren pensar los fundamentos de las relaciones que guiarán a los países del norte y sur en cuanto al cambio climático, siendo para el caso colombiano un precedente histórico respecto al manejo de sus relaciones, caracterizadas desde los orígenes de la república por el alineamiento con los intereses de la élite capitalista mundial.

En este ensayo se ha planteado un análisis desde la teoría del sistema-mundo, que argumenta como el gobierno de Petro se perfila a mediano plazo como una figura de liderazgo en el cuidado del medioambiente y el aprovechamiento sostenible de las tierras en las Américas, posicionando al Estado colombiano como pieza clave en la lucha contra los intereses del capital globalizado central, pero siguiendo puntos pactados en el derecho internacional en estrecha colaboración con potencias tradicionalmente hegemónicas como Estados Unidos y otros Estados europeos, apoyándose en un discurso progresista.

Para darle orientación a la investigación se propuso como objetivo general identificar las condiciones de posibilidad de la política exterior en el gobierno de Gustavo Petro frente al cuidado del medioambiente tras el discurso en la ONU. Para lograrlo, se procedió a su desarrollo por medio de los siguientes objetivos específicos: reconocer las estructuras y dinámicas internacionales que han llevado al Estado colombiano a sostener históricamente políticas ambientalmente agresivas, reseñar la posición ambiental de Colombia en sus relaciones con los demás Estados americanos y, finalmente, analizar las posibles alianzas y tensiones con otros Estados bajo la premisa de que Colombia asuma un papel de liderazgo en el cuidado del medioambiente.

Este artículo se enmarca en el estudio politológico de la política exterior, partiendo del paradigma o macromolde crítico basado en el estudio de los fenómenos políticos desde una perspectiva analítica, descriptiva y transgresora con el orden establecido. Particularmente, se intentará comprender la relación existente entre los diferentes matices del discurso ambientalista del actual presidente colombiano, Gustavo Petro, y las distintas dinámicas que históricamente se han dado (y se siguen presentando) en las interacciones que Colombia mantiene con el resto del sistema internacional. Para ello, la operativización del concepto de sistema-mundo resulta vital, pues permite una comprensión más profunda y holística de la política medioambiental del Estado colombiano al tener en cuenta su ubicación estratégica dentro del sistema global de producción y distribución de mercancías en el marco de un sistema económico neoliberal internacionalizado. Por todo lo ya mencionado, el presente proyecto es relevante dentro de la ciencia política, en especial en el área de estudio de las relaciones internacionales, ya que en él se pone bajo la lupa de análisis el texto, subtexto y contexto inherentes a un nuevo proyecto de política exterior que, de desarrollarse a cabalidad, representaría una gran posibilidad de liderazgo regional por parte de Colombia, por no mencionar sus estimables aportes a la lucha contra el cambio climático y la destrucción medioambiental que ocupan un rol central en las discusiones político-económicas contemporáneas.

La presente investigación contempló una metodología con enfoque cualitativo-descriptivo, en la que se hará especial uso de la revisión bibliográfica y de prensa con el fin de recopilar e interpretar de manera crítica la información concerniente a las transformaciones de la política exterior colombiana frente a la cuestión medioambiental, partiendo del rol en el que se ha enmarcado el país sudamericano en el escenario internacional, así como también las condiciones generadas por el ascenso del progresismo en Colombia y el posicionamiento del nuevo gobierno ante la emergencia climática. De allí que sea necesario el análisis de las declaraciones y posturas que el presidente Gustavo Petro y otros representantes del Estado colombiano han enunciado en espacios estratégicos de discusión internacional sobre la problemática ambiental global.

Para el desarrollo de este trabajo se ha partido del enfoque de sistemas en las relaciones internacionales, en particular de la teoría del sistema-mundo. Así entonces, se observó al sistema internacional como un conjunto de microsistemas que, al unirse, forman una especie de sociedad única, la cual es denominada sistema-mundo.

De acuerdo con Peña (2001, p. 213), esta teoría surge en la Escuela francesa de los Annales, y sus principales pensadores son Immanuel Wallerstein y Peter Taylor. Estos plantean que en la base de la consolidación del sistema-mundo se halla la acumulación capitalista, que se encuentra expandiendo, de forma continua, sus fronteras en términos geográficos.

Los teóricos de la teoría del sistema-mundo parten, al igual que los de la teoría de la dependencia, de la suposición de que la desigualdad en el proceso de desarrollo de los Estados es una consecuencia de las dinámicas y las relaciones que se entablan entre países ricos y países pobres. Todo esto es estudiado en clave geográfica, la cual se manifiesta en la conocida relación centro-periferia que tienen los diferentes Estados a nivel global. Los países del centro son aquellos en los que se da una mayor acumulación de capital, lo que permite la producción de bienes y servicios con un valor agregado que les garantiza todos los beneficios económicos. Los países periféricos son los que se dedican a la exportación de materias primas, volviéndose imposible para ellos competir, en términos de producción de valor mercantil, con los centrales.

Peña (2001, p. 214), aparte de todo lo comentado antes, explica que el elemento fundamental de la teoría del sistema-mundo es que existe solamente una sociedad en términos de análisis internacional: la sociedad global. Dentro de esta sociedad, como ya se explicó, existe una jerarquía política clara en la cual los Estados capitalistas se hallan a la cabeza; además, se debe tener en cuenta que nada de lo que pasa dentro de los países es solo el resultado de sus procesos internos, sino que responde a las relaciones que estos mantienen con el resto del sistema.

En esta línea se critica la teoría clásica del desarrollo, según la cual el proceso de crecimiento económico en las diferentes naciones es producto de procesos históricos particulares que se dieron de acuerdo con las condiciones específicas de cada Estado. En realidad, estos procesos han sido ralentizados, acelerados o estancados según los intereses y las necesidades de las élites capitalistas que, al final, son las que tienen el control del sistema internacional (Peña, 2001, p. 214).

Dinámicas internacionales que han llevado a Colombia a políticas medioambientalmente agresivas

Respecto a su política económica, puede decirse que Colombia ha estado ligada históricamente a un rol extractivista dentro del sistema pro-

ductivo y de distribución de mercancías en el plano internacional. Teniendo en cuenta lo anterior, es posible vincular los daños causados en términos medioambientales en el país a la relación que se configura entre Colombia y el resto del sistema-mundo, siendo esta de pura dependencia y sometimiento a las exigencias del capital transnacional.

De esta manera, según James J. Brittain e Igor Ampuero (2008), la política económica colombiana se ha desarrollado principalmente a través de una dinámica neoliberal en la que la posesión y el uso de la tierra con fines extractivos juega un rol decisivo. En este contexto, es fundamental el desarrollo dado a comienzos del siglo XXI de la extracción petrolera para su exportación como uno de los elementos centrales de la economía colombiana.

> Un desplazamiento importante en la economía de Colombia ha sido el cambio de la agricultura a la extracción de recursos naturales. Las reservas de petróleo han aumentado enormemente durante las dos últimas décadas. Los sectores de recursos naturales del país se establecieron como la columna vertebral de las exportaciones económicas y son actualmente una fuente importante de divisas, ganancias y empleo doméstico (Brittain y Ampuero, 2008, p. 381).

Asimismo, es importante tener en cuenta que este proceso, en el cual se han abandonado gradualmente antiguas prácticas productivas como el cultivo de yuca, café o maíz, no solo ha sido impulsado y apoyado por el Estado colombiano, sino que también ha tenido la intervención de varios grupos paramilitares, los cuales representan los intereses de una élite económica caracterizada históricamente por la ganadería, la implementación de monocultivos y, en las últimas décadas, el narcotráfico. Así, de acuerdo con Morales Correa (2020, p. 54), entre las muchas organizaciones que han colaborado con grupos paramilitares se encuentran empresas transnacionales petroleras como Texas Petroleum Company, British Petroleum o Fenosa (actualmente Naturgy).

Considerando lo anterior, es factible aseverar que el daño causado por las políticas económicas, como las que favorecen la extracción petrolera, está íntimamente ligado a los procesos del capital transnacional, el cual se halla en una fase globalizada. Esto implica que los procesos globales de producción y distribución de bienes deben obtener insumos mucho mayores para su desarrollo, lo que se logra más eficientemente con la "división internacional del trabajo", en la que Estados como Colombia cumplen el rol de extracción de materias primas.

Del mismo modo, es vital considerar que, a un nivel interno, las estructuras del capital internacional que se dan internacionalmente se reproducen con fenómenos como la acumulación de capital agrario fijo, ya sea a través de la apropiación por despojo o a través de la deforestación. En este sentido, Paz-Cardona (2021) explica que este fenómeno está ligado a la expansión agresiva de la frontera agropecuaria, con la cual se consolidan proyectos como enormes latifundios para ganadería o monocultivos. Por esto, citando a la codirectora de la organización Transforma, Isabel Cavalier Adarve, y parte del equipo negociador de Colombia en la COP 21 de 2015 en París:

> El primer rubro de emisiones en Colombia es el cambio de uso de la tierra. [...] necesaria la reconversión del sector agropecuario y eso no será fácil porque, históricamente, ha sido uno de los sectores que menos atención ha recibido por parte del Estado (Paz-Cardona, 2021, párrafo 24).

Una perspectiva histórica sobre la posición ambiental de Colombia en sus relaciones con los Estados americanos

Desde la elección de Gustavo Petro como presidente de Colombia, el país se ha posicionado —por lo menos en términos discursivos— como uno de los principales protectores del medioambiente y su conservación, lo que ha situado al mandatario como uno de los líderes ambientales más importantes de la región. Sin embargo, en el momento de tomar medidas para contrarrestar la crisis climática y la protección medioambiental, el presidente tendrá que buscar un plan de acción conjunto con otros países y líderes de la región sudamericana, siendo parte fundamental el relacionamiento regional histórico[1] entre el Gobierno colombiano y el resto de países de Latinoamérica para entender las condiciones de posibilidad que pueda tener la política exterior en el gobierno de Gustavo Petro frente a la emergencia climática y la problemática ambiental. Incluso, partiendo del enfoque teórico del sistema-mundo, en las diferentes escalas, "no se puede hacer un análisis de lo nacional circunscribiéndolo al espacio demarcado de lo nacional; pues no

1 Este relacionamiento resulta clave frente a la cuestión ambiental si se tiene en cuenta el asunto de los "recursos naturales compartidos y la contaminación transfronteriza" (Caballero, 1997, p. 3).

hay historia del capitalismo nacional, sino historia del capitalismo mundial" (Prada, 2016).[2]

La región latinoamericana es atravesada y trazada por diversos actores que pujan por múltiples intereses contrapuestos en el quehacer y el tratamiento de las diversas zonas medioambientales, y que tienen diversas capacidades de agencia o influencia hegemónicas sobre dichas decisiones (Di Pasquo *et al.*, 2021), como lo actores sociales, las agencias privadas y los Estados que representan, asimismo, diversos intereses. Esto genera una descomunal tensión de fuerzas impulsadas por intereses económicos e ideológicos que propician y se propician a sí mismas en diversos escenarios en los cuales se desarrolla la política exterior colombiana (Sandoval, 2019).

Es evidente entonces que por las condiciones geográficas y los recursos naturales de Colombia y la región latinoamericana, en ella recaen múltiples intereses, algunos que apoyan y otros que se contraponen a las medidas de protección medioambiental y apelan a una libre exploración y desarrollo de economías extractivistas y destructivas (Zárate *et al.*, 2020), generando incluso conflictos socioambientales. Esto, dado en un contexto histórico en el que "el capital organiza los territorios de acuerdo con sus necesidades y crisis, pero también con una escala global de producción en la que América Latina representa uno de los escenarios en los que el capitalismo posindustrial hace ajustes espaciotemporales" (Graciano, 2017, p. 41).

Se presentan entonces los grandes limitantes de la política exterior de Colombia para un desarrollo positivo en la protección medioambiental. Sin embargo, a lo largo de la historia reciente han existido grandes bases dentro de las que se enmarcan las condiciones de posibilidad exitosa de dicha política exterior, que comúnmente son consolidadas en diversos tratados y cumbres que reúnen a la comunidad internacional y regional (Nieto, 2019).

Así, se encuentra que las preocupaciones internacionales frente a la problemática ambiental tienen sus primeras manifestaciones en la segunda mitad del siglo XX. Sin embargo, fue en la década de los noventa cuando se llevó a cabo una de las cumbres más destacadas en medioambiente y desarrollo, conocida como la Cumbre de la Tierra (Río de Janeiro). Allí se dispuso el principio de "'responsabilidades comunes pero diferenciadas' como orientador de la dialéctica entre Norte y Sur" (Caballero, 1997, p. 1),

2 Prada desarrolla la idea de sistema-mundo tomada del libro *El moderno sistema mundial* de Immanuel Wallerstein.

configurando así un antecedente histórico trascendental en el rumbo que tomaron las políticas ambientales en los países de la región latinoamericana y, específicamente, en Colombia. En el discurso institucional del país, incluso, se reconoce que desde la realización de dicha cumbre "el posicionamiento internacional de Colombia, en este campo, ha venido fortaleciéndose de manera progresiva" (Ministerio de Relaciones Exteriores, s. f.).

Lo anterior tiene que ver con que dicho marco normativo internacional fijó un lineamiento para la política ambiental nacional, en donde se integró el discurso de "responsabilidad global" o "globalización" del cuidado del medioambiente (Santoyo y Bastidas, 2002) mediante el establecimiento de cargas y obligaciones en el país para la mitigación del cambio climático y la problemática ambiental. Allí resalta como objetivo central "la reducción progresiva de las emisiones nacionales de Gases de Efecto Invernadero (gEI) de 20 % (y hasta un 30 % condicionada) respecto a las emisiones proyectadas para el año 2030" (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, 2017, p. 75).

Es la Cumbre de Río entonces trascendental en la política exterior medioambiental de la región latinoamericana, pues, además de ser la consolidación discursiva del desarrollo sostenible, es un directo precedente del Protocolo de Kyoto ratificado por Colombia en los años 2000, que presenta el afianzamiento global de las relaciones asimétricas (Sequeiros, 1998), respaldadas en la dialéctica de la hegemonía global en las dinámicas norte-sur global antes mencionadas en el momento histórico de la unilateralidad internacional.[3]

Ahora, es preciso señalar que la implementación de esta agenda ambiental global no está exenta de las tensiones propias del relacionamiento entre los países del norte y sur global. Además, esta misma asimetría en el poder se expresa en el hecho de que el liderazgo y las principales iniciativas de solución al deterioro ambiental surgieron de los centros de poder hegemónico, creando así una evidente conflictividad entre las nociones de "sostenibilidad" y las problemáticas socioambientales propias de regiones periféricas como Latinoamérica (Vásquez, 2015). De esta manera, el discurso hegemónico de compromisos globales para el cuidado medioambiental manifiesta el desconocimiento de desigualdades históricas estructurales del

3 El unilateralismo es el término utilizado por Zapata y Martínez (2020) para referirse a las relaciones internacionales, al dominio hegemónico estadounidense en el periodo de 1991 al 2002.

sistema internacional, ignorando la responsabilidad correspondiente a los países del norte global en la emisión de gEI, así como la extracción y explotación de recursos en países periféricos, lo que ha llevado al despojo y la destrucción de ecosistemas (Vásquez, 2015).

En Colombia, esto se expresó álgidamente en la primera década del siglo XXI con el denominado Plan Colombia que se implementó principalmente durante el primer gobierno de Álvaro Uribe Vélez.[4] Este proyecto de intervención militar estadounidense, en alineamiento con los intereses de la élite gobernante de Colombia, buscó acabar con el conflicto armado del territorio colombiano mediante la lucha —poco distinguida— contra la insurgencia y el narcotráfico.[5] Los resultados de esta estrategia intervencionista fueron desastrosos para el ambiente, las comunidades y el territorio, provocando la intensificación del conflicto armado y, por consiguiente, una grave afectación a los derechos humanos en el territorio colombiano.

La fumigación y erradicación de cultivos promovida por el Plan Colombia, y con una marcada intervención en la región del Amazonas, explica también las tensiones en las relaciones fronterizas con Ecuador. Este último denunció insistentemente, durante el periodo del 2000, el incumplimiento de los acuerdos que planteaban respetar los diez kilómetros de frontera en el desarrollo de las fumigaciones aéreas para erradicación (Rojas, 2003). Ya en el 2008, tras múltiples negociaciones fallidas, el Estado ecuatoriano procedió a formalizar la demanda ante la Corte Internacional de Justicia, en la que se solicitó ordenar a Colombia lo siguiente:

1. Respetar la soberanía e integridad territorial del Ecuador.
2. Tomar inmediatamente todas las medidas necesarias para prevenir, en cualquier parte de su territorio, el uso de cualquier tipo de herbicidas tóxicos de forma tal que puedan ser depositados en el territorio del Ecuador.
3. Prohibir el uso de dichos herbicidas por medio de aspersión aérea en Ecuador, o en localidades situadas cerca de, en y a través de

4 Este fue esbozado durante los gobiernos de Bill Clinton en Estados Unidos y de Andrés Pastrana en Colombia, a finales del siglo XX. Sin embargo, es en los primeros años de la década del 2000 cuando se fortalece ante los intereses estratégicos que emergen de la guerra contra las drogas y la doctrina de seguridad nacional.

5 Esto se refiere a la "línea invisible entre la lucha antinarcóticos y contrainsurgente" (Comisión de la Verdad, s. f.).

> la frontera de ese país con el Ecuador (Ministerio de Relaciones Exteriores de la República del Ecuador, 2008, p. 14).

De esta manera, se muestra que las relaciones de Colombia con los Estados americanos, frente a la problemática ambiental, han estado fuertemente vinculadas a su alineamiento histórico con la potencia hegemónica estadounidense. Por tanto, la tendencia política que se vislumbra con el gobierno de Gustavo Petro plantea importantes posibilidades de cambio ante la manera en que se asume la problemática ambiental a partir del fortalecimiento de los vínculos regionales y el ascenso de un liderazgo ambiental pensado desde el sur.

Las posibles alianzas y tensiones con otros Estados bajo la premisa de que Colombia asuma un papel de liderazgo en el cuidado del medioambiente

El posicionamiento de Colombia como Estado abanderado en el cuidado del medioambiente lleva a vislumbrar un cambio en las formas de producción a nivel nacional y, por ende, el fin de dinámicas extractivistas sumamente agresivas con el medioambiente y que han sido en parte el motor del conflicto armado en Colombia, reflejo del papel que ha tenido en la división internacional del trabajo dentro del capitalismo mundial. Lo anterior debe llevar a la economía colombiana, de forma paulatina, a una producción sostenible como respuesta frente a la crisis climática para, de esta forma, responder de manera competitiva a las demandas del mercado promovidas principalmente desde los Estados del centro global. Entendiendo esto, la participación de Colombia en el mercado global, posiblemente, seguiría enmarcada en la exportación de materias primas, pero ya de forma sostenible, adaptándose la oferta colombiana, cada vez mejor, a las demandas que implican la transición que muchos otros Estados más desarrollados están emprendiendo en cumplimiento del Acuerdo de París.

Este abanderamiento del Estado colombiano por las causas medioambientales debe darse en un escenario internacional en donde los Estados centrales del orbe tengan clara la necesidad de emprender profundas reformas en el modelo económico global para hacer frente a la crisis global, teniendo en cuenta que tanto sus causas —la explotación de recursos de forma indiscriminada para satisfacer las demandas del mercado global, encabezadas por

los países desarrollados— y sus consecuencias —las catástrofes ambientales y el cambio climático— operan en todo el globo. Solo si existe esta conciencia y los Estados están dispuestos a tomar acciones contundentes, Colombia podrá aprovechar sus capacidades en recursos naturales para negociar tanto su papel en el mercado global —ser la despensa del mundo— como la deuda externa. Frente a esta última, el presidente Gustavo Petro ha dicho en la COP 27, celebrada en Egipto, que:

> Una manera de financiar la adaptación en los países en desarrollo, que no tenemos los recursos suficientes, pero sí estamos endeudados, es precisamente disminuir la deuda y ese espacio financiero dedicarlo a la acción climática, es decir, a la adaptación y la mitigación, si es el caso, a salvar la selva amazónica, por ejemplo (Cancillería de Colombia, 2022).

Colombia podría representar un precedente que a nivel regional sería de gran ayuda para paliar la crisis histórica de muchos países respecto a la deuda, y que ha significado para estos un sometimiento a condiciones favorables para el mercado global pero que resultan contraproducentes para el desarrollo y bienestar de los mismos.[6] Teniendo en cuenta el espectro político favorable en América Latina para la izquierda que Petro representa, la integración de los Estados latinoamericanos a favor de causas comunes podría ser un gran impulso para sus propuestas frente a la crisis climática, generando mayor capacidad de presión hacia los Estados centro que dictan las dinámicas del mercado global y la política monetaria a nivel internacional a través de organismos internacionales.

Conclusiones

Para finalizar, es importante considerar que la problemática medioambiental en Colombia, al igual que en el resto del mundo, está ligada a un asunto esencialmente político-económico que se encuentra conectado con las dinámicas internacionales de producción y distribución de mercancías; es un problema que no puede analizarse de forma particular en cada Estado, sino que debe observarse en relación con el funcionamiento del sistema-mundo, que posee un carácter puramente neoliberal. Por todo lo anterior, se plantea,

6 Véase Martínez y Reyes (2012).

a modo de conclusión, la necesidad de que esta situación sea tratada a partir de mecanismos propios de las relaciones internacionales. Colombia, si bien se halla lejos todavía de superar el sistema económico capitalista, sí se encuentra en un momento histórico de grandes oportunidades en términos regionales para anexarse a un renovado proyecto político de izquierda que se está consolidando en el subcontinente de América Latina y desde el que se plantean, al menos retóricamente, posibilidades de "desarrollo" mucho más amigables y sostenibles en relación con el medioambiente.

Referencias

Alvarado, M. C. (2017). *La aplicación del principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas en el tránsito del protocolo de Kioto al acuerdo de París*. [Tesis de grado]. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia. http://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/34139.

Brittain, J. J. y Ampuero, I. (2008). *La cuestión agraria y la lucha armada en Colombia*. En S. Moyo y P. Yeros (Coords.), *Recuperando la tierra. El resurgimiento de movimientos rurales en África, Asia y América Latina*. CLACSO.

Cancillería de Colombia (2022). *Intervención del presidente Gustavo Petro en la Asamblea General de la oNu* . Youtube. https://www.youtube.com/watch?v=Byb75u2SWS0&ab_channel=Canciller%C3%ADaColombia.

Castillo, D. J. (4 de noviembre de 2022). COP27: ¿Quién será el líder ambiental de la región entre Petro y Lula? *Impacto tic* . https://impactotic.co/cop27-petro-o-lula-quien-sera-el-lider-ambiental-de-la-region/.

Comisión de la Verdad (s. f.). *El Plan Colombia*. https://www.comisiondelaverdad.co/el-plan-colombia.

Di Pasquo, F., Del Castillo, D., Busan, T. E., Rodríguez, E. y Klier, G. (2021). Hegemonía, ecología y problemática ambiental. *Política y sociedad*, *58*(1), 9.

Graciano, S. M. (2017). Conflictos territoriales en el escenario posacuerdo: el extractivismo minero como amenaza para la paz. *Kabái*, *22*, 41-48.

Martínez, R. y Reyes, E. (2012). El Consenso de Washington: la instauración de las políticas neoliberales en América Latina. *Política y cultura*, (37), 35-64. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-77422012000100003&lng=es&tlng=es.

Ministerio de Relaciones Exteriores (s. f.). *Política exterior colombiana en materia de medio ambiente. Misión Permanente de Colombia*. https://nuevayork-onu.mision.gov.co/politica-exterior-colombiana-materia--medio-ambiente.

Ministerio de Relaciones Exteriores de la República del Ecuador (2008). *Demanda de introducción de procedimiento*. https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/demanda-introduccion-procedimiento_0.pdf.

Morales, J. A. (2020). Complicidad empresarial con grupos paramilitares: un análisis al caso colombiano. *Razón Crítica*, (9), 43-67. https://doi.org/10.21789/25007807.1626.

Pacheco, D. (20 de septiembre de 2022). Las cinco claves del primer discurso de Gustavo Petro en la ONU. *La Silla Vacía*. https://www.lasillavacia.com/historias/silla-nacional/las-cinco-claves-del-primer-discurso-de--gustavo-petro-en-la-onu/.

Pagar para financiar problema de la crisis climática nos mataría antes de hambre, afirmó el presidente Petro en Egipto (8 de noviembre de 2022). *Cancillería*. https://www.cancilleria.gov.co/newsroom/news/pagar-financiar--problema-crisis-climatica-nos-mataria-hambre-afirmo-presidente-petro.

Paz-Cardona, A. J. (2021). Los desafíos ambientales de Colombia en el 2021. *Mongabay*. https://es.mongabay.com/2021/01/desafios-ambientales-colombia-2021-asesinatos-lideres-deforestacion/.

Peña, L. B. (2001). Teorías del desarrollo. *Cuadernos de Geografía*, *10*(1-2), 201-235.

Política exterior colombiana en materia de medioambiente. Misión Permanente de Colombia ante la ONU en Nueva York (s. f.). *Cancillería*. https://nuevayork-onu.mision.gov.co/politica-exterior-colombiana-materia--medio-ambiente.

Prada, R. (28 de octubre de 2016). Sistema-mundo de la destrucción planetaria. *Systemic Alternatives*. https://systemicalternatives.org/2016/10/27/sistema-mundo-de-la-destruccion-planetaria/.

Sandoval, G. (2019). Prólogo en forma de epílogo: el último jaguar. *Política exterior y medio ambiente*. https://www.academia.edu/41660819/Pr%C3%B3logo_en_forma_de_ep%C3%ADlogo_el_%C3%BAltimo_jaguar.

Santoyo, Y. A. y Bastidas, W. A. (2002). Globalización y medioambiente: una mirada global con ojos colombianos. *Nómadas*, *17*, 197-206.

Schneider, H. y Samaniego, J. (2009). *La huella del carbono en la producción, distribución y consumo de bienes y servicios*. CEPAL.

Sequeiros, L. (1998). III Cumbre de la Tierra (Río de Janeiro, 1992) al fracaso de la Conferencia de Kioto (1997): claves para comprender mejor los problemas ambientales del planeta. *Enseñanza de las Ciencias de la Tierra*, *6*(1), 3-12.

Vásquez, J. P. (2015). La tensión histórica norte-sur global en el debate ambiental: el conflicto en torno a la Iniciativa Yasuni ITT. *Revista Estudios Hemisféricos y Polares*, *6*(1), 1-28.

Zapata, S. y Martínez, A. (2020). La política exterior latinoamericana ante la potencia hegemónica de Estados Unidos y la potencia emergente de China. *Colombia Internacional*, *104*, 63-93.

Zárate, R., Vélez, C. y Caballero, J. (2020). La industria extractiva en América Latina, su incidencia y los conflictos socioambientales derivados del sector minero e hidrocarburos. *Revista Espacios*, *41*(24), 154-167.

Revista *Ratio Juris* Vol. 18 N.º 36, 2023, DOI: 10.24142/raju, pp. 89-106 © UNAULA

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

CRIMINOLOGÍA DEL DESARROLLO: ESTUDIO DEL DESARROLLO EN LA FORMACIÓN DE LA CONDUCTA CRIMINAL

DEVELOPMENT CRIMINOLOGY: STUDY OF THE DEVELOPMENT IN THE FORMATION OF CRIMINAL BEHAVIOR

CRIMINOLOGIA DO DESENVOLVIMENTO: ESTUDO DO DESENVOLVIMENTO NA FORMAÇÃO DO COMPORTAMENTO CRIMINOSO.

WAEL SARWAT HIKAL-CARREÓN*

Recibido: 27 de noviembre de 2022 - Aceptado: 13 de marzo de 2023 -
Publicado: 23 de mayo de 2023
DOI: 10.24142/raju.v18n36a5

Resumen

La aplicación de la criminología en los diferentes problemas sociales afines con el delito es necesaria con el propósito de entender, explicar y abordar un fenómeno particular. A diario, esta ciencia ha sido

* Doctorando en Educación por la Facultad de Filosofía y Letras (becario Conacyt). Maestría en Trabajo Social por la Facultad de Trabajo Social y Desarrollo Humano (becario Conacyt). Licenciatura en Criminología por la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autó-noma de Nuevo León. Director de proyectos en la Sociedad Mexicana de Criminología capítulo Nuevo León. Google Scholar: https://scholar.google.com.mx/citations?user=xAOI0yAAAAAJ&hl=es, ORCID: https://orcid.org/0000-0003-1278-567X, correo electrónico: wshc1983.2013@gmail.com

desplazada o subdelegada a otra superior, como al derecho, la psicología, la medicina u otras. En el presente texto se busca organizar los estudios relacionados con el desarrollo humano con un enfoque criminológico, con la finalidad que la criminología recoja y reúna los conocimientos de las etapas de desarrollo para llegar al entendimiento criminal para su tratamiento clínico, así como preventivo social. Dicha propuesta consiste en una criminología del desarrollo, para lo cual, en las siguientes líneas, se colocan los marcos de referencia que permitan sentar las bases de los estudios en esta área. Este trabajo se divide en cuatro partes, que son: introducción al desarrollo y la conducta, factores que influyen en el desarrollo, tanto general como criminal, la especialización de la criminología y los estudiosos del desarrollo criminal.

Palabras clave: criminología clínica, desarrollo, especialización, factores criminógenos, personalidad.

Abstract

The application of Criminology in the different social problems related to crime is necessary in order to understand, explain and address a particular phenomenon. Every day this science has been displaced or subdelegated to a higher one, such as Law, Psychology, Medicine or others. This article proposes the systematization of studies related to human development with a criminological approach, in order that Criminology collects and gathers knowledge at the stages of development to reach criminal understanding for clinical treatment, as well as social prevention. This proposal consists of a Criminology of Development, for which in the following lines, frames of reference are

placed to lay the foundations of studies in this area. This article is divided in four sections, opening to development and behavior, factors that influence in the general and criminal development, specialization of Criminology, and, researchers of criminal development.

Keywords: Clinical Criminology, Development, Criminogenic factors, Personality, Specialization.

Resumo

A aplicação da Criminologia em diferentes problemas sociais relacionados ao crime é necessária para entender, explicar e abordar um determinado fenômeno. A cada dia esta ciência tem sido deslocada ou subdelegada a uma superior, como o Direito, a Psicologia, a Medicina ou outras. Atualmente, busca organizar estudos relacionados ao desenvolvimento humano com abordagem criminológica, com o objetivo de que a Criminologia colete e reúna conhecimentos nas etapas do desenvolvimento para alcançar a compreensão criminal para seu tratamento clínico, bem como preventivo social. Tal proposta consiste em uma Criminologia do Desenvolvimento, para a qual nas linhas seguintes se colocam quadros de referência que alicerçam os estudos nesta área. Este trabalho está dividido em quatro partes, introdução ao desenvolvimento e comportamento, fatores que influenciam o desenvolvimento geral e criminal, especialização em Criminologia e estudiosos do desenvolvimento criminal.

Palavras-chave: Criminologia clínica, Desenvolvimento, Especialização, Fatores criminógenos, Personalidade.

Introducción

El presente texto muestra un marco referencial para elaborar los estudios sistematizados de una criminología especializada en el desarrollo, un campo ramificado de la criminología general, pero nutrido y construido con los conocimientos de otras ciencias criminales, como la antropología, la psicología, el derecho, la política, la estadística y la sociología, entre otras. Para comenzar, se presentan conceptos de las ciencias del desarrollo y la conducta, algunos precursores de estas, así como los tópicos que observan; se continúa con algunos factores que influyen en el desarrollo en general, así como criminal. Luego, se abre el tema a los motivos de la especialización de la criminología, las razones que se consideran, principalmente para la madurez y autonomía de esta ciencia, así como el incremento en sus capacidades de intervención sin que siga siendo una ciencia secundaria o delegada. Para finalizar, como argumentación a esta sistematización, se presentan algunos estudiosos desarrollistas en materia criminal, como Lombroso, Di Tullio, Ingenieros, De Greef, Pinatel, Quiroz Cuarón y Hurwitz, mostrando sus aportes respecto al estudio clínico desarrollista, de personalidad y de factores criminógenos.

Las ciencias del desarrollo y la conducta

En el origen del conjunto de conocimientos clásicos referentes al desarrollo se puede encontrar a Darwin (2019), quien observaba la conducta de los niños durante su crecimiento y postuló que estos, sin la educación familiar e institucional, tendrían similitudes con los seres primitivos; de tal manera, estableció que examinar a los bebés sería útil para conocer la evolución de los humanos. Tales estudios fueron los antecesores de lo que se convertiría en la teoría atávica de Lombroso.

Uno de los precursores de las ciencias del desarrollo y la conducta fue Stanley Hall (2018), quien investigó y organizó el saber sobre la mente de los niños. Creó una lista de cuestionamientos para niños y adolescentes, descubriendo que la lógica de estos no es igual de racional que en alguien mayor; con ello formuló las “Etapas del desarrollo”. Stanley Hall es considerado el “padre de la psicología del desarrollo” y “creador del cuestionario”; además, fue el primero en encabezar la Asociación Americana de Psicología en 1892 (“Former APA Presidents”, 2022).

En aquellos años también había un médico llamado Freud, que estudiaba el desarrollo a través de una técnica con la que logró recabar información sobre el proceso mental de los infantes. Sus investigaciones y estudios constituyeron un legado sobre el cual se sientan las bases de las investigaciones actuales, y que lleva por nombre "teoría psicoanalítica", siendo extensa en las ramas explicativas, además de crear sus propias etapas de desarrollo.

Cabe establecer los conceptos de ciencias del desarrollo y la conducta:

> Se han centrado en la descripción, la explicación y las modificaciones de los cambios vinculados a la edad en el individuo desde el nacimiento hasta la muerte [...] Las ciencias del desarrollo se habían limitado solo a la psicología, pero ahora han abierto desde hace mucho tiempo el campo a la antropología, la biología, la historia o la sociología (Buendía, 1994, p. 35),

y ahora a la criminología del desarrollo o criminología psicológica, nutriéndose de las anteriores para analizar el desarrollo de la vida de un criminal, entendiendo su pasado, que da origen a su conducta criminal del presente.

Hernández *et al.* (2003) conceptualizan que

> el desarrollo se refiere a los cambios ocurridos en los seres humanos durante toda su vida. Estos cambios siguen una frecuencia predecible y son el resultado de los procesos de maduración biológica y de la interacción del niño con su medioambiente (p. 37).

Aunque indica sobre la etapa de la niñez en interacción con el exterior, los estudios de la criminología del desarrollo se extienden a todo momento de desarrollo e interacción de los sujetos desde su interior biológico y psicológico hasta su dinámica externa social y ambiental (Hikal, 2019a). Esto es inseparable e inherente a los individuos, pues todo lo externo tiene efectos sobre lo interno, y viceversa.

Las ciencias de la conducta son definidas de la siguiente forma:

> Un conjunto de disciplinas que se ocupan principalmente de la comprensión, predicción y control de la conducta humana, y en especial de los tipos de conducta que se desarrollan en las relaciones inter-

> personales. Las disciplinas que forman parte de las ciencias de la conducta son la antropología, pedagogía, psiquiatría, psicología y sociología. [...] Las ciencias de la conducta se aplican para diagnosticar y predecir la conducta humana (Microsoft Encarta, 2006).

Tipos de desarrollo

Hernández *et al.* (2003) especifican cuatro etapas del desarrollo: 1) desarrollo físico, que abarca las habilidades que van apareciendo y evolucionando biológicamente, así como el crecimiento corporal, 2) desarrollo intelectual, estudiando la madurez emocional y destrezas que implican un crecimiento de la inteligencia de lo sencillo o básico y escalar a lo complejo, 3) desarrollo personal, ligado a lo anterior y que forma la personalidad del individuo, y 4) desarrollo social, cuando el sujeto interactúa con otros además de la familia de origen, adhiriéndose a patrones de comportamiento y generando el propio.

En la dinámica integral de un sujeto, las diferentes formas de desarrollo hacen conexión y derivan en comportamientos etiquetados como normales, anormales, desviados y patológicos, pudiendo ser momentos pasajeros o fijaciones en el patrón conductual.

Dinámica del desarrollo criminal. Factores de influencia

Los puntos primordiales en el desarrollo y su correspondencia con los factores criminógenos son la herencia, el medio y el aprendizaje; a estos cabe plantear la cuestión de cómo poder diferenciar entre los factores ambientales, la influencia de la familia, las amistades, la educación y parte de las vivencias en las que un sujeto está en interacción constante, y los elementos hereditarios que se vinculan con el desarrollo durante la vida, además de la socialización con otros grupos (Tieghi, 2011). Al respecto, Reyes (citado en Tieghi, 2011) señala que

> las necesidades innatas, conexiones permanentes o reflejos incondicionados, se satisfacen en un ámbito cósmico determinado, ya sea la familia, escuela, la llamada pandilla callejera, el club o cualquier otro; aquí, un complejo de fuerzas condiciona con mayor o menor intensidad a unas sobre otras, y en una dirección posible, las reacciones vinculadas a los procesos conductuales delictivos, y que el delito —más exactamente la conducta desviada—, siendo consecuencia de

> conexiones temporarias, no constituye un fenómeno irreversible, por lo cual se puede tratar eficazmente con aplicación psicosocial (p. 87).

Feldman (1996), define ambiente como "la influencia sobre el comportamiento que se da en el mundo que nos rodea, familia, amigos, escuela, alimentación y muchos factores más" (p. 341). Mientras que herencia son las "influencias en el comportamiento transmitidas genéticamente de padres a hijos" (p. 341).

Por lo tanto, establecer un margen entre factores resulta difícil, facilitará el aprobar que todos juegan una dinámica que produce tipos comportamentales predeterminables. El lazo entre lo ambiental, psicológico, social y biológico es inherente y no se puede descartar.

El aprendizaje es un sumario a través del cual las vivencias originan emociones, pensamientos y conductas (Rodríguez, 2016). Las formas de expresarse, actuar y hablar, es decir, la cultura en general al grupo y en específico al subgrupo social, es aprendido u observado, y habrá otros que enseñen los patrones de comportamiento (Castro y Guzmán, 2005).

La criminología general y del desarrollo tendrá una perspectiva dinámica entre los factores criminógenos, entendiendo que el resultado criminal final, es decir, la conducta, ha sido el resultado de la criminogénesis y criminodinámica. Herrero (2013) anota que

> el criminólogo actual y actualizado (tanto si es generalista como clínico) sabe perfectamente que el ser humano es biología (anatomía, fisiología, genética…); es psicología (afectividad, inteligencia, razón, conciencia moral, extroversión y juego…) y es sociología (contexto social, económico, político, ideológico…).
>
> El criminólogo bien formado de nuestros días está, pues, muy lejos de admitir que los factores impulsores de la delincuencia sean solo de origen individual (endógenos). Al contrario, admite, sin dificultad alguna, que están interviniendo, de forma continua, factores contextuales, o exógenos, de todo tipo (p. 513).

Avanzando a la especialización: la criminología psicológica

La especialización de la criminología es una necesidad urgente en la actualidad ante el panorama criminal que ha rebasado toda capacidad institucional, política, técnica y académica (Abbot, 2007). La solución a los

conflictos sociales de una región particular y de su gobierno se basa en los conocimientos que su comunidad de académicos genere para estudiar y proponer estrategias de intervención a los operadores de las políticas (Zaffaroni, 1990).

México ocupa un lugar muy destacado respecto a la percepción internacional de la inseguridad, ya que es un país con índices de alta violencia, corrupción, desconfianza en las instituciones públicas, marginación y desigualdad, teniendo la posición 140 de 163 países evaluados ("Global Peace Index", 2022). Por otro lado, existen más de 401 instituciones de educación universitaria que imparten programas de estudio en Criminología, Criminalística, Psicología Criminal, Seguridad Pública y afines (Hikal, 2020).

En opuesto, en países principalmente de Europa, con mejor apreciación sobre la seguridad y la paz, llama la atención el desarrollo de su conocimiento en materia criminológica, de administración de justicia, seguridad pública, confianza institucional, entre otros ("Global Peace Index", 2022). Por ello, y otros motivos, se considera la importancia de generar y especializar el conocimiento en las materias ya señaladas (Pérez *et al.*, 2018).

El criminólogo debe ser el experto que reúna todos los temas de la criminalidad que se obtienen de las ciencias criminales, su explicación, prevención y tratamiento, lo que depende del cuerpo de conocimientos en el que se sistematice (Zaffaroni, 1990). En las expresiones actuales de criminalidad, resulta complejo tratar todos los fenómenos como la migración, el tráfico de personas, de órganos, de bebés, la corrupción, el robo de gasolina, las facturas apócrifas, el abuso de poder, el maltrato a los ancianos, el maltrato animal, el terrorismo y el crimen organizado, por mencionar algunos (Pérez *et al.*, 2018).

Esta criminología especializada toma como eje los estudios del desarrollo de la personalidad antisocial y criminal, y lleva por nombre criminología del desarrollo (o criminología psicológica), nombre tomado a partir de la psicología del desarrollo, pero enfocado al campo criminal.

> Es definida como aquella que estudia el desarrollo de los seres humanos en sus diversas etapas de la vida, enfocándose en los problemas que se presentan en cada etapa del desarrollo para poder determinar qué dificultades fueron las que influyeron en el sujeto como factores criminógenos para que su conducta se tornara antisocial, y del conocimiento de estos realizar la prevención, por lo que deberá conocer los estándares de vida óptimos, así como los marginales, en aspectos

> emocionales, sociales, relaciones, interacciones, familia, entre otros (Hikal, 2019b, p. 6).

El crecimiento se explica a través de las llamadas "etapas del desarrollo", en las cuales los teóricos han podido establecer las características que se van desarrollando de manera predeterminada biológica y psicológicamente, donde ambas permiten la madurez física y de destrezas, así como las adquiridas conscientemente, enseñadas por otros actores familiares o sociales. Además del desarrollo social, las teorías del desarrollo conectan estos procesos y los explican para comprender los procesos sanos, naturales y consiguientes, pero también los procesos de ruptura que conducen a conductas negativas que entorpecen las habilidades, la interacción e integración, o, incluso, llevan a la autodestrucción o de otros (Acuña, 2018).

Para que la especialización de la criminología del desarrollo o psicológica avance, se requiere de criminólogos teóricos del desarrollo que realicen investigaciones y sistematizaciones documentales, focalizándose en aquellas problemáticas que se presentan en la vida para desviar el sano desarrollo y volcarse a lo antisocial, destacando las vivencias y los factores criminógenos.

> Los que estudian el desarrollo intentan explicar por qué ocurren ciertas conductas a través de la observación de factores endógenos y exógenos que influyen en el crecimiento de las personas, en consecuencia de conocer el origen de su comportamiento, se podrán utilizar estrategias individualizadas para corregir su conducta, y, a nivel macro, para la prevención del crimen (Hikal, 2019b, p. 7).

Los teóricos desarrollistas en materia criminal y de personalidad antisocial

Cabe apoyarse en los clásicos del tema, que aquí se consideran precursores. En la literatura de criminología general se podrá encontrar que este campo especializado tiene diversos antecesores, pero en este artículo solo haremos referencia a Lombroso, Di Tullio, De Greeff, Pinatel, Ingenieros, Quiroz Cuarón y Hurwitz. En síntesis, lo esencial es mirar el pasado, los antecedentes previos antes de la conducta antisocial. Esto es básico en la etiología del crimen (criminología etiológica-multifactorial).

Lombroso y la observación antropológica de los delincuentes

Cesare Lombroso, médico italiano, es considerado un innovador en los estudios ordenados de la criminología. Investigó las características antropométricas de los criminales a partir de numerosos militares, delincuentes de guerra y presos. Lombroso pensó haber encontrado el origen de la criminalidad revisando los cráneos de delincuentes, así como las anomalías y deformaciones corporales; luego amplió sus estudios a la influencia de los factores culturales, no solo los físicos.

A partir de sus seguimientos pudo señalar que la criminalidad es un tipo de violencia extraña y patológica, pues el crimen es consecuencia de la dinámica de factores criminógenos exógenos y endógenos. Considera al criminal un ser sin empatía, de personalidad descompuesta.

Destaca la importancia de hacer las observaciones y clasificaciones de los delincuentes que, en aquel entonces y en la actualidad, se clasificaba según el delito, pero también según sus rasgos físicos y culturales, además de los diagnósticos psicológicos y psiquiátricos. De tal manera, se pueden conocer sus antecedentes, que lo llevaron a tal conducta, y establecer la posibilidad de reconstruir su vida orientándola a una recuperación sana.

Di Tullio y la profilaxis criminal basada en las causas

Alumno de Lombroso, Benigno Di Tullio, médico también, vislumbra la criminología clínica como "la ciencia de las conductas antisociales y criminales basada en la observación y el análisis profundo de casos individuales, sean estos normales, anormales o patológicos" (Pérez *et al.*, 2018, p. 13). Al hacer referencia a un examen, involucra el investigar las causas lo más próximo a su totalidad; lo que implica un estudio penetrante, histórico y reconstructivo de la vida del individuo.

Todas las personas en contextos particulares pueden llegar a cometer algún crimen, pues hay una tendencia en el desarrollo individual y cultural con ciertas perturbaciones graves. Por tanto, es preciso realizar el estudio de un sujeto criminal en su personalidad global, es decir, investigando sus factores biopsicosociales (Pérez *et al.*, 2018).

Para Di Tullio la profilaxis de rehabilitación o curación debe basarse en el discernimiento integral de la personalidad del delincuente. Este reconocía que transformarla es complejo, pero según el avance de las ciencias y los tratamientos se puede lograr. Sugería un tratamiento conformado por

las áreas psicológica, médica, psiquiátrica, pedagógica, de trabajo social y sociológica, lo cual implica tener una comprensión profunda del individuo.

Di Tullio sería secretario general (1937-1949) en la Sociedad Internacional de Criminología; ulteriormente fue su presidente, de 1949 a 1950 ("Officers of the International Society of Criminology", 2016).

Ingenieros y la etiología del crimen

En Argentina, las labores de José Ingenieros, mediante la psicología y criminología clínicas, se llevaron a cabo en el Instituto de Criminología, en el Servicio Penitenciario Federal de Buenos Aires. Con una óptica etiológica-criminal, Ingenieros indica que todo acto delictuoso es el resultdo de diversas causas, y especifica el trabajo integrador criminológico en tres planos, que son:

- Etiológica-criminal: estudia las causas que provocan el delito y no asume que el sujeto criminal sabe lo que está haciendo y es producto de su voluntad, sino que le anteceden causas que lo inclinan a determinado tipo de delito (secuestro, maltrato animal, tráfico de personas, tráfico de drogas, violación sexual a animales, niños o adultos, homicidio, tortura). Encontrar el porqué será el objetivo de la etiología criminal.
- Clínica criminológica: su pretensión es encontrar aquellas causas particulares para establecer el nivel de factores que influyen en la conducta de un criminal y el alcance en su actuar.
- Terapia criminológica: es la conclusión de las dos etapas anteriores, y se encarga de individualizar un tratamiento basado en causas para procurar reducir la incidencia de estas en el comportamiento del sujeto. Además, vincularse con las instituciones sociales para que colaboren en la atención a las zonas vulnerables, y la atención familiar y social para atenuar la cantidad e incidencia de los factores criminógenos.

José Ingenieros realizó su trabajo cuando ocupaba el cargo de jefe del Gabinete de Psicología Clínica Experimental, y examinó a los reclusos realizando suplementos biopsicológicos conformados por el diagnóstico de personalidad y el estudio orgánico y social. Además, estudió los motivos particulares y generales del acto criminal individual y los factores de la cri-

minalidad, proponiendo medidas de tratamiento como las que se enumeran a continuación:

- Preventivas: enfocadas en impedir los factores que inducen en la externalización de las predisposiciones criminales.
- Represivas: en las cuales las penas deben ser particularizadas según las características del sujeto criminal, conforme su historia de vida (Marchiori, 2004).

El legado de Ingenieros lo prolonga Osvaldo Loudet, médico y profesor de diversas instituciones de salud y quien sería también el precursor de la Sociedad Argentina de Criminología. Loudet consideraba al criminal como alguien insano; por tal motivo, la importancia del examen clínico debía hacerse con técnicas antropológicas y clínicas, para descubrir en cada particular sus factores internos y externos, y con la técnica de la historia psiquiátrica para valorar el nivel de peligrosidad del criminal mediante su personalidad (Ferro *et al.*, 2016). "El estudio del criminal patológico desde el aspecto biopsicológico y sociológico (factores endógenos y exógenos), llevó al doctor Loudet a describir el estado peligroso de los sujetos delincuentes desde un polimorfismo psicológico-social" (Ferro *et al.*, 2016, p. 26).

De Greeff y la psicología criminal

Étienne de Greeff, calificado como el "padre de la psicología criminal", logró la cualidad de haber aplicado la ciencia psiquiátrica al entendimiento de la mente criminal, sintetizando los estudios patológicos y sociológicos. Razonó fundamentalmente el estudio que lleva a profundizar en la génesis y dinámica de los factores criminógenos (Pauwels y Verhage, 2019).

Para De Greeff, es menester comprender al sujeto en su integridad. Indicó que hay que estudiar al delincuente en relación con su historia y su conducta del presente. Considera obligadamente para el diagnóstico de personalidad los rasgos de egocentrismo, agresividad e indiferencia afectiva (Landecho, 1967).

De Greeff fue el cofundador de la Escuela de Criminología en Bélgica; luego cofundó la Sociedad Internacional de Criminología, misma que otorga un premio que lleva su nombre. Además de haber sido profesor de Pi-

natel, quien trabajó en los estudios clínicos y fenomenológicos de la criminalidad (Pauwels y Verhage, 2019), también fungió como primer presidente de la Comisión Científica de 1949 a 1950 ("Officers of the International Society of Criminology", 2016).

Pinatel, los niveles de observación y los componentes de la personalidad antisocial

Jean Pinatel considera que la etiología criminal consiste en un saber integral que conduce a realizar el tratamiento de los delincuentes y articular las herramientas para los programas de prevención de la criminalidad. Llegar a ese conocimiento puede hacerse a través de la investigación, el análisis y el tratamiento del criminal. Para Pinatel, la personalidad antisocial es una concepción integral, y mediante el trabajo clínico se llega a saber el nivel de riesgo y las posibilidades en el tratamiento (Beristain, 1999).

Señalaba que la condición criminal puede estudiarse desde tres facetas de interpretación u observación: individual, conductual y general, empleando numerosas disciplinas convergentes para llegar a un conocimiento holístico del problema criminal (Tieghi, 2004).

Utilizó y popularizó el término de personalidad criminal, la cual se puede tomar de modelo, paradigma o esquema bajo el análisis de cuatro variables: la agresividad, la labilidad, la indiferencia afectiva y el egocentrismo del delincuente (Beristain, 1999).

Pinatel, además de ser el cofundador (junto con Di Tullio) de la Sociedad Internacional de Criminología, desempeñó el cargo de secretario general en los periodos 1950-1956 y 1956-1966, este último en la presidencia de Sellin. Luego fue presidente de la misma sociedad durante dos periodos, de 1971 a 1978 (Beristain, 1999). En 1975 fue premiado con la medalla "César Beccaria", concedida por la Sociedad Alemana de Criminología ("Beccaria-Medaille", 2016). El Instituto Vasco de Criminología otorga la distinción a la investigación Jean Pinatel.

Quiroz Cuarón y la clínica criminológica

Alfonso Quiroz Cuarón sugería que la criminología puede tomar de la medicina técnicas para la observación, el diagnóstico y el pronóstico, para el tratamiento de los trastornos mentales, lo que se llamaría una criminología médica. La criminología clínica estudia al humano, y de este mismo nace la

antropología criminal como un ser físico y cultural, la sociología criminal como ente que se desenvuelve en la sociedad, la psicología criminal al tener interacción lo interno mental con lo externo social y físico, esto requiere un trabajo minucioso en las observaciones clínico-criminales.

Quiroz Cuarón se enfoca en cuatro rasgos patológicos de la psicopatía: la irritabilidad, que por estímulos mínimos da paso a la ira de manera no proporcional; la emotividad, que sería una reacción exagerada por la débil capacidad de autocontrol; la impulsividad, inesperada, y la impudicia, como estímulo soberbio.

Decía también que

> se deberían buscar las causas que habían influido para que se cometiera un acto antisocial, tipificado en la ley penal o no, además debería estudiar la personalidad antisocial, buscar sus componentes así como establecer su relación con otros trastornos mentales (Varela, 2014, p. 1353).

Quiroz Cuarón estableció tres aspectos esenciales en la labor clínica-penitenciaria:

- La exploración diagnóstica individual.
- La creación de un departamento de criminología en el centro penitenciario, con colaboración multiprofesional para el diagnóstico del interno y establecimiento de su programa terapéutico.
- Educación superior de la criminología en las universidades (Varela, 2014).

Hurwitz y los factores criminógenos individuales y sociales

La criminología implica el examen positivo de factores criminógenos internos y externos que encaminan al acto antisocial. La criminología está inclinada hacia el conocimiento multifactorial del crimen (Zaffaroni, 1988).

Stephan Hurwitz realizó exámenes profundos de bases biológicas de la conducta criminal, de los factores transmitidos entre familias con antecedentes delictivos, y ahonda en la relevancia de los elementos psicológicos del crimen, haciendo referencia a las diferentes alteraciones cerebrales incumbidas en el crimen (Redondo y Pueyo, 2007).

También punteó que para el trabajo de rehabilitación penitenciaria y social cabe tomar en consideración las facetas previa y ulterior del delito y su ejecutor, conociendo los factores que influyen en el proceso de desarrollo del delito (Mejía, 1966) y observando los factores biológicos, psicológicos y sociales. Hurwitz estuvo en la Comisión de las Naciones Unidas sobre Crímenes de Guerra en 1945 ("Stephan Hurwitz, danish ombudsman", 2016).

Conclusiones

Se mostraron algunos parámetros para la construcción de los estudios del desarrollo que se puedan sistematizar para formar una criminología del desarrollo, teniendo como primicia la especialización; para ello, se presentaron temas que se relacionan con esta criminología como la conducta y el desarrollo, los tipos generales de desarrollo, los factores que intervienen en el desarrollo y su interacción, el concepto de criminología del desarrollo, sus objetos de estudio y, finalmente, los estudiosos del desarrollo criminal que realizaron sus aportes y que recaen en la comprensión de los factores criminógenos y la etiología del crimen, los rasgos culturales, físicos y psicológicos, el diagnóstico de la personalidad y sus componentes antisociales.

Referencias

Abbot, F. (2007). En torno a la enseñanza de la criminología y las ciencias jurídicas en España: una coyuntura y un desafío en el fondo y en la forma. *Academia. Revista Sobre Enseñanza del Derecho*, *9*(5), 13-54. http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/09/en-torno-a-la-ensenanza-de-la-criminologia-y-las-ciencias-juridicas-en-espana.pdf.

Beccaria-Medaille (2016). *Kriminologische Gesellschaft*. http://www.krimg.de/drupal/node/5.

Beristain, A. (1999). Jean Pinatel, criminólogo transnacional y hombre bueno. *Eguzkilore*, 13, 209-218. https://www.ehu.eus/documents/1736829/3343253/Eguzkilore+13-16.+Beristain.pdf.

Buendía, J. (1994). *Envejecimiento y psicología de la salud*. Siglo XXI.

Castro, S. y Guzmán, B. (2005). Los estilos de aprendizaje en la enseñanza y el aprendizaje: una propuesta para su implementación. *Revista de Investigación*, *58*, 83-102. https://www.redalyc.org/pdf/3761/376140372005.pdf.

Darwin, Ch. (2019). *El origen de las especies*. Editorial Porrúa.

Feldman, R. (1996). *Psicología*. McGraw-Hill.

Ferro, C., Rodríguez, P. y López, G. (2016). El doctor Osvaldo Loudet y el análisis de la peligrosidad delictiva a través de casos clínicos. *viii Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología*. Universidad de Buenos Aires. https://www.aacademica.org/000-044/125.pdf.

Former APA Presidents (2022). *American Psychological Association*. http://www.apa.org/about/governance/president/past-presidents.aspx.

Global Peace Index (2022). *Institute for Economics & Peace*. https://www.visionofhumanity.org/maps/#/.

Hernández, G., Niño, M., Rubio, J. C. y Sáenz, M. (2003). *Psicología y desarrollo profesional*. Grupo Patria Cultural.

Herrero, C. (2013). *Tratado de criminología clínica*. Dykinson.

Hikal, W. (2019a). *Criminología etiológica-multifactorial. Los factores criminógenos*. Flores Editor y Distribuidor.

Hikal, W. (2019b). *Criminología psicológica. Teorías psicológicas de la criminalidad*. Editorial Porrúa.

Hikal, W. (2020). Censo de centros escolares y programas educativos en criminología, criminalística, victimología y carreras afines en México. *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, *8*(15), 154-182. https://zenodo.org/record/3875539#.XtgRX1VKiUk.

Instituto Vasco de Criminología (2016). X Premio de investigación Jean Pinatel. http://www.ehu.eus/es/web/ivac/jean-pinatel-saria.

Landecho, C. (1967). *Apuntes de clínica criminológica*. Instituto de Criminología, Universidad de Madrid.

Marchiori, H. (2004). *Criminología. Teorías y pensamientos*. Editorial Porrúa.

Mejía, H. (1966). Análisis del *iter criminis*. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, (40), 21-30. https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/5852.

Officers of the International Society of Criminology (2016). *International Society of Criminology*. https://intercrim.com/former-presidents.

Pauwels, L. y Verhage, A. (2019). Criminology in belgium: From embryonic conception to contemporary currents in a nutshell: Some food for thought. *Criminology in Europe*. https://biblio.ugent.be/publication/8661337/file/8661338.

Pérez, E., Rodríguez, R. y Loy, B. (2018). La aplicación de la criminología clínica en las investigaciones forenses actuales. *Medicent Electrón*, *22*(1), 10-18. http://scielo.sld.cu/pdf/mdc/v22n1/mdc02118.pdf.

Redondo, S. y Pueyo, A. (2007). La psicología de la delincuencia. *Papeles del Psicólogo*. *28*(3), 147-156. https://www.redalyc.org/pdf/778/77828302.pdf.

Reyes , J. (2012). *Desviología criminológica*. Aula 2001.

Rodríguez, Y. C. (2016). Las emociones en el proceso de enseñanza-aprendizaje. *Revista Vinculando*. https://vinculando.org/psicologia_psicoterapia/emociones-proceso-ensenanza-aprendizaje.html#vcite.

Stanley, G. (2018). *Adolescence its Psychology: Its Relations to Physiology, Anthropology, Sociology, Sex, Crime, Religion, and Education*. Diamon Publishers.

Stephan Hurwitz, danish ombudsman (2016). *The New York Times*. https ://www.nytimes.com/1981/01/25/obituaries/tephan-hurwitz-dani- sh-ombudsman.html.

Tieghi, O. N. (2004). *Tratado de criminología*. Editorial Universidad.

Tieghi, O. N. (2011). Educación y leyes del aprendizaje social y criminógeno. *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, *3*(6), 19-29. https://drive.google.com/file/d/1_dRRa10c9-x_914C346MC-fUeIu4uNewo/view.

Varela, M. (2014). Psicología jurídica y psicología criminológica. Temáticas y áreas de interés. *Revista Electrónica de Psicología Iztacala*,

17(4), 1349-1373. https://www.iztacala.unam.mx/carreras/psicologia/psiclin/vol17num4/Vol17No4Art2.pdf.

Zaffaroni, E. R. (1988). *Criminología. Aproximación desde un Margen (vol. I)*. Editorial Temis. https://www.derechopenalenlared.com/libros/zaffaroni_criminologia_aproximacion_desde_un_margen.pdf.

Zaffaroni, E. R. (1990). La enseñanza universitaria de la criminología en América Latina. *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. 3, 59-71. https://www.ehu.eus/documents/1736829/2164896/08+-+La+enseñanza+universitaria+de+la+criminologia.pdf.

Revista *Ratio Juris* Vol. 18 N.º 36, 2023, DOI: 10.24142/raju, pp. 107-126 © UNAULA

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

EL PERFIL DE EGRESO DE LOS DOCTORADOS EN DERECHO DE UNIVERSIDADES LATINOAMERICANAS

THE GRADUATION PROFILE OF DOCTORATES IN THE LAW OF LATIN AMERICAN UNIVERSITIES

O PERFIL DA GRADUAÇÃO DOS DOUTORES EM DIREITO DAS UNIVERSIDADES LATINO-AMERICANAS

HUGO GONZÁLEZ-AGUILAR*

Recibido: 27 de noviembre de 2022 - Aceptado: 13 de marzo de 2023 -
Publicado: 23 de mayo de 2023
DOI: 10.24142/raju.v18n36a6

Resumen

El presente estudio tiene como objetivo analizar el perfil de egreso del doctorado en Derecho de las universidades latinoamericanas que han explicitado la información a través de su página web, con base en el ranquin Scimago 2020. Se ha realizado un análisis documental

* Docente investigador de la Universidad Autónoma del Perú, licenciado en Derecho de la Universidad Señor de Sipán, magíster en Educación Superior e Investigación Educativa de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, doctor en Psicología Educacional y Tutorial de la Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-7050-5774, correo electrónico: hugo_augencio@hotmail.com

cualitativo de los perfiles a través del programa Atlas ti. Las competencias o capacidades se han dividido en las siguientes categorías: investigación (básica, aplicada, interdisciplinar), solución de problemas jurídicos, ejercicio docente, gestión (académica e investigativa), diseño de normas y políticas públicas. Las instituciones enfatizan en la investigación como base para la docencia y la resolución de problemas y gestión académica.

Palabras clave: perfil de egreso, doctorado, investigación, solución de problemas, docencia, gestión.

Abstract

This study aims to analyze the graduate profile of the doctorate in law of Latin American universities that have made their information available on their websites, based on the Scimago 2020 ranking. A qualitative documentary analysis of the profiles was carried out using the Atlas ti program. The competencies or capacities have been divided into categories: research (basic, applied, interdisciplinary), solution of legal problems, teaching, management (academic and research), design of norms and public policies. The institutions emphasize research as a basis for teaching, problem solving and academic management.

Keywords: graduate profile, doctorate, research, problem solving, teaching, management.

Resumo

O objetivo deste estudo é analisar o perfil de graduação do doutorado em direito de universidades latino-americanas, que explicitaram as informações por meio de seu site, com base no ranking Scimago 2020. Foi realizada uma análise documental qualitativa dos perfis. através do programa Atlas ti. As competências ou capacidades foram divididas em categorias: pesquisa (básica, aplicada, interdisciplinar), solução de problemas jurídicos, prática docente, gestão (acadêmica e investigativa), desenho de normas e políticas públicas. As instituições enfatizam a pesquisa como base para o ensino, resolução de problemas e gestão acadêmica.

Palavras-chave: perfil do egresso, doutorado, pesquisa, resolução de problemas, ensino, gestão.

Introducción

La formación de posgrado exige competencias relacionadas con la investigación, la docencia, el uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) y la solución de problemas para responder a un contexto laboral cambiante y mejorar las relaciones con las instituciones locales, nacionales e internacionales; la universidad debe ocuparse de la realidad y del contexto cambiante . Asimismo, requiere actualizar y programar los planes curriculares donde se especifiquen las competencias que necesitan los profesionales para actuar eficazmente en el desempeño laboral, y gestionar y aplicar estrategias didácticas que prioricen el saber hacer, el ser, la innovación y no solamente el aspecto cognitivo.

En este contexto, el egresado del doctorado debe realizar investigación científica original que cumpla con los controles o las exigencias académicas (Llopis, 2019); asimismo, formar a los profesionales para el ejercicio docente donde demuestren dominio o eficacia sobre conocimientos disciplinares y fundamentos pedagógico-didácticos que involucren a las tecnologías en la enseñanza jurídica (Cázares, 2017). Estas habilidades o competencias adquiridas sirven de apoyo para resolver los problemas relacionados con el área jurídica, en colaboración e interacción con otras ciencias o profesiones basadas en la interdisciplinariedad (Witker, 2017).

La educación universitaria debe ser eficaz para responder a las exigencias de la realidad o el contexto globalizado; por ello, requiere reestructurar o actualizar el currículo que permita la formación por competencias con carácter innovador en la que el estudiante construya sus conocimientos y el docente actúe como guía en el proceso de enseñanza-aprendizaje (Sanromán y Morales, 2016). En este marco de ideas se precisan las competencias generales y específicas, como se han establecido dentro del espacio europeo de educación superior (Clavijo, 2014). La formación profesional debe hacer frente a la sociedad del conocimiento donde se procese información y se produzca ciencia y tecnología.

El propósito del presente estudio es analizar o sistematizar el perfil del egresado de doctorado en Derecho de las universidades latinoamericanas, según el ranquin Scimago 2020, teniendo en cuenta que no existen estudios previos en esta área. En ese sentido, se han formulado las siguientes preguntas: ¿qué categorías predominan en el perfil del egresado del doctorado de las universidades latinoamericanas?, ¿qué aspectos se deben priorizar o estandarizar en los perfiles de egreso? Los interrogantes se resuelven después del análisis o la interpretación de los perfiles.

El perfil del egresado del doctorado en Derecho

Los cambios o tendencias en la educación superior

Una de las principales características de la educación superior es la internacionalización que se realiza a través del intercambio académico de estudiantes o docentes, la conformación de redes, la creación de nuevos programas académicos de investigación y de filiales presenciales o a distancia (Corti *et al.*, 2015). Así, las instituciones universitarias cumplen doble función: generar capital humano competente y producir conocimientos que incluyen la innovación y la creación de tecnología (López *et al.*, 2020).

En este contexto, se enfatiza en la realización de la internacionalización del currículo que tome en cuenta la visión, los objetivos institucionales, la articulación con las necesidades o prioridades, la docencia y la investigación en coordinación con las instancias administrativas y académicas (Gacel-Ávila, 2020).

La internacionalización incluye otras características que son: apertura educativa, oferta y demanda laboral, creación de programas de investigación y desarrollo, evaluación y acreditación, y la influencia social, política y económica que afecta las decisiones educativas presentes y futuras (López *et al.*, 2020); todo ello responde a un proceso permanente y comprehensivo que se convierte en un aspecto contrahegemónico (Gacel-Ávila, 2017) y que requiere presupuesto, una política de recursos humanos que incluya al personal académico y administrativo, aseguramiento de la calidad y uso de estrategias adecuadas para la comunicación con potenciales socios del exterior (Gacel-Ávila y Rodríguez-Rodríguez, 2018).

En suma, la educación superior debe responder al fortalecimiento de las capacidades que involucran a la docencia, la investigación interdisciplinar, la extensión social, la práctica del aprendizaje permanente, los cambios en la actividad docente y la mejora del vínculo entre la universidad, el Estado y la sociedad.

Bases o fundamentos de la formación doctoral

La formación, en este nivel, desarrolla con eficacia y eficiencia la investigación, organización y gestión en las actividades en diversas áreas del conocimiento con un enfoque interdisciplinar (Jiménez-Ramírez y Sevilla, 2017). Establece alianzas con entidades nacionales e internacionales. Define

las líneas de investigación y el desarrollo de estos a través de equipos de investigadores e incluye la participación de las empresas. Asimismo, promueve la movilidad y la internacionalización que le permite responder a la sociedad del conocimiento y al mundo de la globalización.

La formación doctoral integra a la docencia con la investigación y a la universidad con la sociedad; del mismo modo, toma en cuenta la innovación y las competencias transferibles en el ámbito empresarial y social (Jiménez-Ramírez, 2017), desarrolla el liderazgo y la gestión de las actividades científicas, fomenta la movilidad y la internacionalización a través de estancias investigativas y transfiere el conocimiento científico o tecnológico (Rueda *et al.*, 2020) con el propósito de mejorar el bienestar de la sociedad o solucionar los problemas que se presenten en el ámbito jurídico, teniendo en cuenta la articulación empresarial, el sector productivo y la investigación.

La formación doctoral , que lleva a la obtención de un grado académico relevante en una determinada disciplina, busca la capacitación de investigadores para resolver problemas complejos con base en la formación teórica, metodológica y epistemológica (Angarita y Mateo, 2011). Por ello, sus procesos de selección y graduación son exigentes, ya que tienen como prioridad promover la investigación y generar nuevos conocimientos que aporten a la ciencia jurídica.

En este contexto se establece la relevancia de la acreditación de los programas de doctorado basados en la transparencia, confiabilidad, calidad y excelencia, y su pertinencia con base en estándares internacionales (Bozzo y Remeseiro, 2017). La acreditación evidencia las competencias y los atributos que el egresado debe lograr después de un proceso o resultado de aprendizaje (Hermida, 2018).

Otro aspecto importante en la formación doctoral es el desarrollo de la responsabilidad social y ética, la aplicación de conocimientos y las acciones para mejorar el desarrollo humano; también el desarrollo de las habilidades de gestión para la información y generación de conocimientos (Gracés-Frettel y Santoya-Montes, 2013).

Las competencias del perfil del egresado de doctorado

Jiménez-Ramírez (2017) establece que el graduando debe dominar una serie de competencias básicas, aparte de una formación sólida en la investigación. Debe demostrar habilidades y métodos de investigación relacionados con una disciplina específica, diseñar y crear investigación, ge-

nerar y ampliar las fronteras del nuevo conocimiento, realizar un análisis crítico de las nuevas ideas, poseer la capacidad comunicativa para difundir la ciencia, tener conocimiento de idiomas como el inglés, que es el medio por el cual se difunde más la ciencia, y adaptarse a los cambios de la sociedad del conocimiento. Aparte de estas competencias, es importante que resuelva problemas y trabaje en equipo.

Las competencias que se desarrollan en el ámbito de la investigación deben orientarse al incremento de una economía sostenible (Jiménez-Ramírez, 2017); asimismo, las competencias necesitan enfocarse en la promoción de la innovación y la creatividad para enfrentar o resolver problemas complejos de manera creativa.

En esta línea, Núñez-Valdés y González (2019), a partir de la propuesta de Bolonia y el contexto chileno, proponen un perfil de egreso del estudiante de doctorado dentro de la globalización, con base en los conocimientos y las habilidades que adquieren los egresados de este nivel o grado. La propuesta es aplicable para las ciencias sociales, en las que se incluye la jurídica. Se especifica el desarrollo de las siguientes competencias especializadas: disciplinares, metodológicas, instrumentales y genéricas.

Las competencias disciplinares permiten el desarrollo de investigación de calidad en una determinada área del conocimiento. Implica que el doctorando no solo es capaz de investigar en un ámbito local, sino que debe actuar o participar en el ámbito internacional por medio de alianzas con otras instituciones o investigadores de su país o de otros, lo que implica gestionar la realización de la investigación.

Las competencias metodológicas implican el conocimiento de los procesos de investigación, como el tipo de investigación, el diseño, la población, la muestra y el instrumento dentro de un enfoque o paradigma que puede ser cualitativo o cuantitativo, que le permita al estudiante o egresado del doctorado resolver el problema que se ha formulado o que esté desarrollando.

Las competencias instrumentales se centran en la valoración de las técnicas de investigación, a fin de que permitan desarrollar o solucionar el problema de investigación propuesto.

Las competencias genéricas, que las propias instituciones proponen, están centradas en el desarrollo del pensamiento crítico, el liderazgo y el desarrollo de la ética, que es necesaria en los procesos de investigación.

En consecuencia, se requiere que el egresado realice una tesis doctoral original que se relacione con las comunidades académicas o científicas,

y que socialice o difunda los resultados de las investigaciones que desarrolla (Garcés-Prettel y Santoya-Montes, 2013). En algunos contextos, como el caso de Alemania, según Pérez Hurtado (2018), la realización de la tesis se hace mediante la asesoría de un experto durante dos o tres años. Estas investigaciones deben estar encaminadas al desarrollo de propuestas sociojurídicas concordantes con la integración regional, y los procesos económicos y políticos dentro de un contexto globalizado (Pavó, 2015).

Otros investigadores, como Fiftal (2016), han identificado que en el ámbito de la justicia penal y la criminología los doctorandos o graduados en este nivel se desarrollan como docentes o investigadores; en este mismo sentido, Kleck y Mins (2016) precisan que en el doctorado es importante la calidad del cuerpo docente, asunto que se concatena con lo desarrollado por Fiftal (2016). En este contexto, se requiere que los profesionales que enseñan en el doctorado, como en el caso de Estados Unidos, tengan un doctorado en una espacialidad distinta a la jurídica, junto a un grado en Derecho (Pérez, 2018).

Material y método

El presente estudio es cualitativo porque le permite al investigador interpretar o comprender el mundo visible (Cardona *et al.*, 2022) y, en este caso específico, los documentos sobre los perfiles de Derecho. El investigador estudia o interpreta con mayor detalle el objeto de estudio (Becerra, 2020).

La muestra documental está constituida por los documentos escritos en los que se especifican las competencias o capacidades de los egresados. La selección de las Escuelas de Derecho latinoamericanas se ha realizado con base en el ranquin de Scimago 2020. Se han considerado once de las veintitrés que figuran en dicho ranquin, que han publicado su perfil de egreso en sus páginas web (tabla 5.1).

El procedimiento para el análisis de la muestra documental consta de las siguientes etapas o fases: la sistematización de los documentos seleccionados o consultados, la configuración de las categorías después del análisis de los documentos y la creación de la red de categorías (Díaz, 2018).

El estudio se ha basado en el análisis de contenido que ha permitido interpretar los textos sobre los perfiles de egreso. Esto ha posibilitado identificar los temas o las categorías con base en las competencias o capacidades que se han formulado y que los futuros abogados deben adquirir como parte

de su formación, para que luego lo apliquen en su desempeño laboral. Por tanto, el análisis de contenido permite identificar los temas dentro del texto que responde a un determinado contexto (Arbeláez y Onrubia, 2014), en este caso a un contexto jurídico.

Se ha utilizado el programa Atlas ti para la sistematización y esquematización de las categorías de los perfiles, que son: investigación (básica, aplicada, interdisciplinar), solución de problemas jurídicos, ejercicio docente, gestión (académica e investigativa) y diseño de normas y políticas públicas.

Tabla 5.1 Relación de las universidades que han difundido el perfil del egresado de doctorado en sus páginas web

N.º	Universidad
1	Pontificia Universidad Católica de Chile
2	Universidad Nacional Autónoma de México
3	Universidad de los Andes (Colombia)
4	Pontificia Universidad Católica del Perú
5	Universidad de Chile
6	Universidad del Rosario (Colombia)
7	Universidad Nacional de Colombia
8	Universidad Diego Portales (Chile)
9	Universidad de Antioquia (Colombia)
10	Universidad de los Andes (Chile)
11	Universidad del Norte (Colombia)

Fuente: elaboración propia con base en el ranquin Scimago 2020.

Resultados

Análisis por categorías

En la figura 5.1 se muestran las principales categorías que se han identificado en los perfiles de egreso de las facultades de Derecho. Están articuladas y tienen como base o núcleo la investigación.

Figura 5.1 Categorías de los perfiles

Fuente: elaboración propia .

Categoría: Investigación

En la figura 5.2 se explicita que los futuros doctores elaboren tesis originales, inéditas (Pontificia Universidad Católica de Chile, Universidad de Chile); asimismo, se resalta la formación competitiva o de alto nivel como investigadores o nuevos investigadores (Universidad de los Andes de Chile, Universidad de Antioquia, Universidad del Rosario, Universidad Nacional de Colombia, Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad del Norte); proponen el desarrollo de los tipos de investigación: básica, aplicada e interdisciplinar (Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Nacional de Colombia); por último, enfatizan en actividades investigativas, los aportes de los egresados o futuros doctores por medio de la creación de nuevo conocimiento y con el uso de las metodologías o herramientas pertinentes (Universidad de los Andes de Chile, Universidad de Antioquia, Universidad del Rosario, Universidad Nacional de Colombia, Universidad Diego Portales, Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de los Andes).

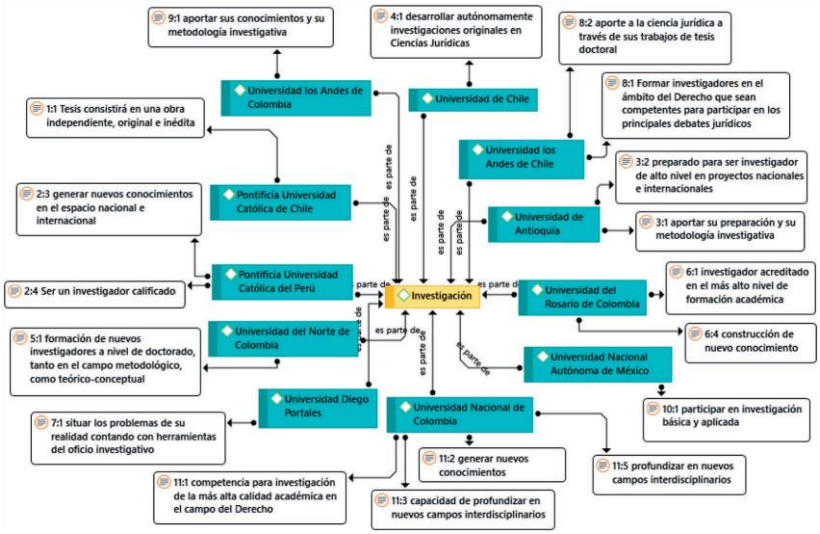


Figura 5.2 Investigación con base en los perfiles de egreso

Fuente: elaboración propia .

Categoría: Solución de problemas jurídicos

En la figura 5.3 se evidencia que la solución de problemas se debe enfocar desde la creatividad e innovación con base en la investigación (Pontificia Universidad Católica de Chile); asimismo, se basa en la rigurosidad del método científico para realizar debates o controversias jurídicas en el ámbito social (Universidad del Norte, Universidad de los Andes (Chile)); por último, la solución de problemas se enmarca u orienta hacia el desarrollo de problemas jurídicos con alcance local, nacional e internacional (Universidad del Rosario, Universidad Nacional Autónoma de México).

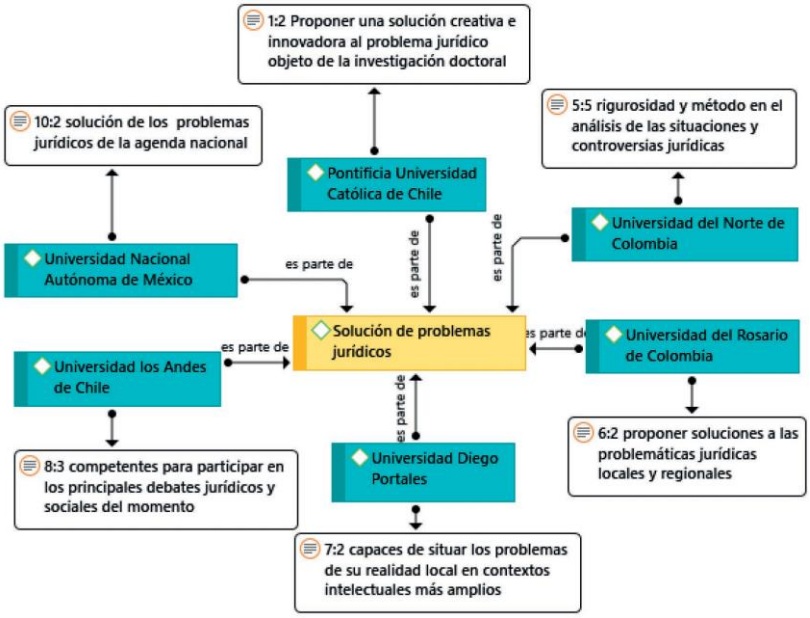


Figura 5.3 Resolución de problemas jurídicos con base en los perfiles de egreso

Fuente: elaboración propia.

Categoría: Formación y ejercicio de la docencia

En la figura 5.4 se muestra que en el doctorado se forma a profesionales para que ejerzan la docencia en el ámbito local o internacional, así como juristas altamente calificados (Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Nacional de Colombia). Dichos profesionales utilizan como base la investigación para el ejercicio de la docencia en las Escuelas de Derecho o en áreas afines, y en la formación de investigadores (Universidad de Antioquia, Universidad del Norte, Universidad de los Andes (Colombia)).

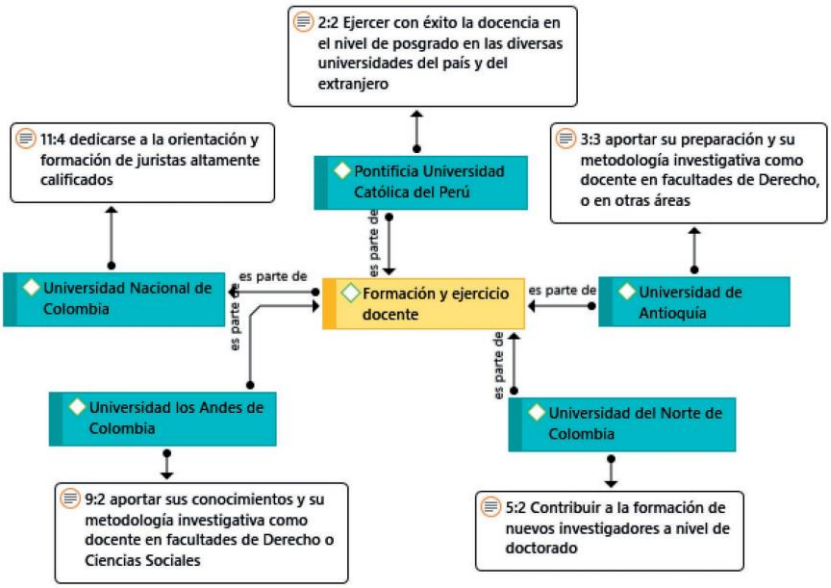


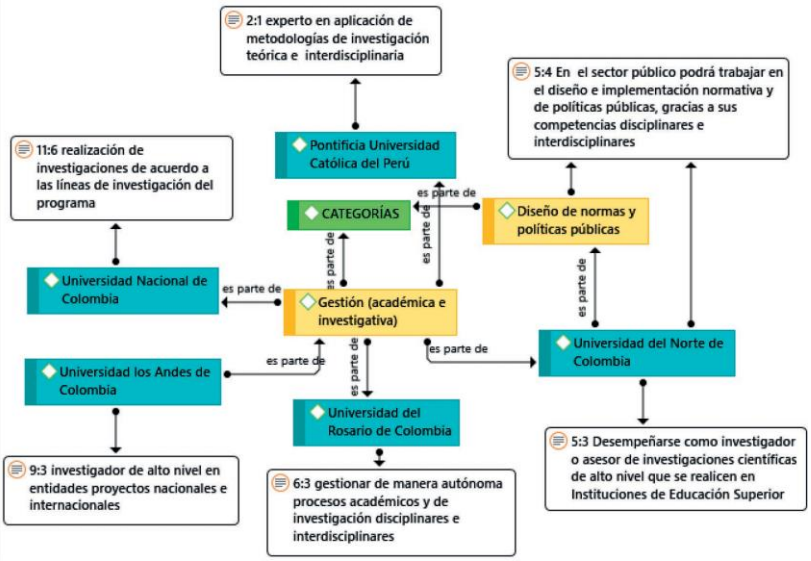
Figura 5.4 Formación y ejercicio docente con base en los perfiles de egreso

Fuente: elaboración propia.

Categorías: Gestión (académica e investigativa) y diseño de normas y políticas públicas

La gestión implica desarrollar eficazmente los procesos investigativos o académicos. En este contexto, las universidades forman expertos en la aplicación de la investigación teórica o interdisciplinaria, o para gestionar procesos académicos o investigativos interdisciplinares (Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad del Rosario). Asimismo, el egresado se puede desempeñar como asesor en el desarrollo de investigaciones en las instituciones educativas del nivel superior (Universidad del Norte). También es preparado para gestionar investigaciones con alcance nacional e internacional (Universidad de los Andes (Colombia)). Por último, está capacitado para realizar investigaciones de acuerdo con las líneas de investigación de las universidades (Universidad Nacional de Colombia).

En uno de los perfiles se enfatiza en el establecimiento de normas y políticas públicas con base en las competencias investigativas interdisciplinares (Universidad del Norte).



5.5 Gestión y diseño de normas y políticas públicas con base en los perfiles de egreso

Fuente: elaboración propia.

Discusión

Las investigaciones o fundamentos previos se concatenan con los resultados obtenidos en los análisis de los perfiles, por ejemplo, Jimé- nez-Ramírez (2017) enfatiza que en el doctorado se requiere la formación investigativa sólida en concordancia con la sociedad del conocimiento; la realización de investigaciones o tesis doctorales originales y su relación con las comunidades académicas (Garcés-Prettel y Santoya-Montes, 2013). Asimismo, el desarrollo de investigaciones de calidad en un área o especialidad específica en la que se forma el futuro doctor (Núñez-Valdés y González, 2019). En este sentido, los estudios citados se relacionan con la categoría de investigación de los perfiles de egreso a través de los cuales se precisa que el futuro doctor en Derecho debe promover investigaciones o tesis originales o inéditas, desarrollar diversos tipos de investigación (básica, aplicada, interdisciplinar) y crear nuevos conocimientos.

Los resultados demuestran que las universidades se orientan al desarrollo de los problemas jurídicos, aspecto que se relaciona con los apor-

tes de Angarita y Mateo (2011), quienes establecen que la formación de investigadores permite la resolución de problemas complejos con base en la preparación científica. También incluyen los problemas relacionados con su especialidad o área y otras disciplinas que son concordantes con los planteamientos de Witker (2017), quien fundamenta que el Derecho debe interactuar con otras disciplinas de las ciencias sociales para realizar investigaciones interdisciplinares y resolver problemas complejos.

Los resultados sobre la formación y el ejercicio docente involucran el conocimiento o dominio de la ciencia. En este sentido, Jiménez-Ramírez (2017) propone que la docencia se interrelacione con la ciencia. Por otro lado, la docencia tiene una orientación hacia la internacionalización (Gacel-Ávila, 2020). En este contexto, los programas de doctorado en Derecho requieren formar profesionales o docentes con una buena base científica para que actúen en el ámbito local, nacional e internacional y respondan a la sociedad del conocimiento y al mundo laboral globalizado.

Los resultados sobre gestión académica o investigativa se vinculan con los argumentos de Jiménez-Ramírez y Sevilla (2017), quienes establecen que el futuro doctor en Derecho debe saber gestionar diversas actividades con base en un enfoque interdisciplinar, el cual implica que la gestión debe tener como fundamento el conocimiento científico que es sistemático y planificado, donde no impere el azar o la improvisación. Además, la gestión de las actividades científicas, la información y el conocimiento son fundamentales en el perfil de los egresados de Derecho, y son concordantes con los planteamientos de Gracés-Frettel y Santoya-Montes (2013) y Jiménez-Ramírez (2017).

A partir del análisis de los hallazgos y de los antecedentes o fundamentos se requiere de programas de doctorado en Derecho que implementen políticas que permitan resolver problemas jurídicos desde el ámbito local e internacional, con base en el desarrollo o la formación científica de alto nivel.

En suma, con el análisis realizado se responde a las preguntas formuladas inicialmente; así, la categoría que tiene prevalencia es la investigación jurídica, y es además el pilar para las otras actividades de los futuros doctores, como el ejercicio de la docencia y la gestión administrativa o académica; estas se realizan, pero con base en el desarrollo de la ciencia interdisciplinar con altos estándares de calidad. A partir de estos resultados se deben establecer líneas específicas de investigación en las universidades latinoamericanas que respondan a nuestra realidad, así como se ha hecho en el modelo Tuning europeo.

Conclusiones

La investigación predomina en los perfiles de egreso de los programas de doctorado de las facultades de Derecho de las universidades latinoamericanas, además sirve de base para las otras actividades que realizan las universidades (formación docente, gestión, resolución de problemas, etc.).

La solución de problemas tiene como fundamento la investigación científica; y se precisa que los alcances no solo son locales o nacionales, sino también internacionales. Esto implica que el futuro doctor en Derecho no solo se forma para resolver problemas locales, sino internacionales, acorde con la sociedad del conocimiento y el fenómeno de la globalización.

La formación o el desempeño docente en los programas de doctorado se realiza con base en la investigación científica de calidad. Efectivamente, la docencia se debe fundar en los resultados de las investigaciones jurídicas que respondan a la realidad e integren varias disciplinas a través de la interdisciplinariedad.

Otros aspectos, identificados en los perfiles, son los procesos de gestión académica e investigativa, ya que los programas doctorales requieren de una adecuada planificación o gestión de sus actividades científicas y académicas.

Referencias

Angarita, J. y Mateo, M. (2011). El reto de acometer un doctorado: modelos de doctorado y tesis doctoral. *Orbis. Revista Científica Ciencias Humanas*, *7*(32), 149-177. https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=70922149006.

Arbeláez, M. y Onrubia, J. (2014). Análisis bibliométrico y de contenido. Dos metodologías complementarias para el análisis de la revista colombiana *Educación y Cultura*. *Revista de Investigaciones UCM*, *14*(23), 14-31. http://dx.doi.org/10.22383/ri.v14i1.5.

Becerra, K. (2020). Investigación cualitativa crítica y derecho. *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, *7*(1), 149-176. https://doi.org/10.5354/0719-5885.2020.55375.

Bozzo, S. y Remeseiro, R. (2017). El sistema de acreditación de posgrados en Chile. *Revista de Educación y Derecho*, *15*, 1-23. https://doi.org/10.1344/REYD2017.15.21104.

Cardona, A., Herrador, J. y Calvo, Á. (2022). Descripción de la metodología aplicada en una investigación cualitativa en expresión corporal y danza: la vida y obra de Patricia Stokoe. *Retos*, (45), 1-11. https://doi.org/10.47197/retos.v45i0.91423.

Cázares, C. (2017). Inclusión de las TIC y la enseñanza en la investigación jurídica en el posgrado en derecho a nivel especialidad de la UNAM. *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, *4*(1), 254-297. https://doi.org/10.5354/0719-5885.2017.46256.

Clavijo, D. (2014). El enfoque de competencias en la formación del abogado para el siglo XXI. *Justicia*, *20*(27), 185-212. http://www.scielo.org.co/pdf/just/n27/n27a11.pdf.

Corti, A., Oliva, D. y De la Cruz, S. (2015). La internacionalización y el mercado universitario. *Revista de Educación Superior*, *44*(2), 47-60. http://resu.anuies.mx/ojs/index.php/resu/article/view/183/152.

Díaz, C. (2018). Investigación cualitativa y análisis de contenido temático. Orientación intelectual de la revista *Universum. Revista General de Información y Documentación*, *28*(1), 119-142. https://doi.org/10.5209/RGID.60813.

Fiftal, L. (2016). How to secure your first academic job out of graduate school. *Journal of Criminal Justice Education*, *27*(2), 60-174. https://doi.org/10.1080/10511253.2015.1128702.

Gacel-Ávila, J. (2017). *Estrategias de internacionalización de la educación superior: implementación, evaluación y rankings*. Unesco-IESALC.

http://obiret-iesalc.udg.mx/sites/default/files/publicaciones/estrategias_de_int_libro_jocelyne_gacel_2017.pdf.

Gacel-Ávila, J. (2020). Covid-19: riesgos y oportunidades para la internacionalización de la educación superior en México. *Revista de Educación Superior en América Latina*, (8), 37-40. http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/esal/article/viewFile/13406/214421444834.

Gacel-Ávila, J. y Rodríguez-Rodríguez, S. (2018). La internacionalización de la educación terciaria en América Latina y el Caribe: avances, tendencias y prospectiva. En J. Gacel-Ávila (Coord.), *La educación superior, internacionalización e integración regional de América Latina y el Caribe* (pp. 57-88). Unesco-IESALC. http://erasmusplusriesal.org/sites/default/files/libro_la_es_inter_e_integracion_cres.pdf.

Gracés-Frettel, M. y Santoya-Montes, Y. (2013). La formación doctoral: expectativas y retos desde el contexto colombiano. *Educación y Educadores*, *16*(2), 283-294. https://www.redalyc.org/pdf/834/83428615005.pdf.

Hermida, J. (2018). La acreditación de las carreras de grado en Derecho en la Argentina a la luz de la experiencia internacional. *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, *16*(31), 175-201. http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/31/la-acreditacion-de-las-carreras-de-grado-en-derecho-en-la-argentina-a-la-luz-de-la-experiencia-internacional.pdf.

Jiménez-Ramírez, M. (2017a). Convergencia europea e internacionalización del doctorado: panorámica sobre las tendencias de cambio en España. *Estudios Pedagógicos*, *43*(1), 405-422. https://doi.org/10.4067/S0718-07052017000100023.

Jiménez-Ramírez, M. (2017b). Los nuevos estudios de doctorado en España: avances y retos para su convergencia con Europa. *Revista Iberoamericana de Educación Superior*, *8*(21), 123-137. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-28722017000100123&lng=es&tlng=es.

Jiménez-Ramírez, M. y Sevilla, D. (2017). El doctorado en España: estudio e implicaciones dentro del espacio europeo de la educación superior. *Revista Lusófona de Educação*, (35), 51-65. https://www.redalyc.org/pdf/349/34951149003.pdf.

Kleck, G. y Mims, B. (2017). Article productivity among the faculty of criminology and criminal justice doctoral programs, 2010-2014. *Journal of Criminal Justice Education*, *28*(4), 467- 487. https://doi.org/10.1080/10511253.2016.1146008.

López, S., Higuera, M. y Carrillo, T. (2020). Las Instituciones de Educación Superior en la conformación de los Sistemas Nacionales de Innovación en los países iberoamericanos. *Revista de la Educación Superior*, *49*(195), 73-89. http://resu.anuies.mx/ojs/index.php/resu/article/view/1252.

López, E., Martínez, J. y Ponce, S. (2020). Tendencias globales de la educación superior en el contexto mexicano. *Revista Cubana de Educación Superior*, *39*(1), 1-21. http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0257-43142020000100010&lng=es&tlng=es.

Llopis, P. (2019). Estudiantes de ciencias jurídicas y trabajos de investigación: análisis de los derechos de propiedad intelectual sobre el TfG, el TfM y la tesis doctoral. *Revista de Educación y Derecho*, (20), 1-22. https://revistes.ub.edu/index.php/RED/article/view/29696/30024%20(tesis%20doctoral.

Núñez-Valdés, K. y González, J. (2019). Perfil de egreso doctoral: una propuesta desde el análisis documental y las expectativas de los doctorandos. *IE Revista de Investigación Educativa de la RedIeCH*, *10*(18), 161-175. https://dx.doi.org/10.33010/ie_rie_rediech.v10i18.604.

Pavó, R. (2015). La investigación jurídica de posgrado en Latinoamérica. *Tla-melaua*, *9*(38), 72-93. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-69162015000200072&lng=es&tlng=es.

Pérez, R. (2018). De Harvard a Stanford. Sobre la historia de la educación jurídica en los Estados Unidos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, *51*(151), 313-358. http://dx.doi.org/10.22201/iij.24484873e.2018.151.12296.

Pérez-Hurtado, L. F. (2018). El sistema de enseñanza del derecho y acceso a las profesiones jurídicas en Alemania: lecciones para el debate en México. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, *51*(151), 263-311. http://dx.doi.org/10.22201/iij.24484873e.2018.151.12295.

Pontificia Universidad Católica de Chile (s. f.). *Perfil de egreso*. http://doctoradoderecho.uc.cl/El-Programa/perfil-de-graduacion.html.

Pontificia Universidad Católica del Perú (s. f.). *Perfil del graduado*. https://posgrado.pucp.edu.pe/doctorado/derecho/perfil-graduado/.

Rueda, I. Acosta, B. y Cueva, F. (2020). Las universidades y sus prácticas de vinculación con la sociedad. *Educação & Sociedade*, *41*, 1-16. https://doi.org/10.1590/es.218154.

Sanromán, R. y Morales, L. (2016). La educación por competencias en el campo del derecho. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, *49*(146), 179-203. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332016000200179&lng=es&tlng=es.

Scimago (2020). Ranquin de las facultades de derecho de universidades latinoamericanas. https://www.topuniversities.com/university-rankings/university-subject-rankings/2020/law-legal-studies.

Universidad de Antioquía (s. f.). *Perfil de egresado*. http://www.udea.edu.co/wps/portal/udea/web/inicio/institucional/unidades-academicas/facultades/derecho-ciencias-politicas/programas-academicos/programas-posgrado/doctorado-derecho.

Universidad de Chile (2019). *Reglamento y plan de formación*. https://postgrados.derecho.uchile.cl/wp-content/uploads/2021/01/Decreto-Universitario-0019884_deroga-DU-0034602-de-2011_y-aprueba-nuevo-reglamento-doctorado-en-derecho-2.pdf.

Universidad del Rosario de Colombia (s. f.). *Perfil de egreso*. https://www.urosario.edu.co/Facultad-de-Jurisprudencia/Programas/Doctorados/Doctorado-en-derecho/Perfiles/.

Universidad de los Andes de Chile (s. f.). *Perfil de egreso*. https://www.uandes.cl/investigacion-y-doctorado/doctorados/doctorado-en-derecho/.

Universidad de los Andes de Colombia (s. f.). *Perfil del candidato*. https://derecho.uniandes.edu.co/es/doctorado-derecho?utm_medium=search&utm_source=google&utm_campaign=f_derecho_doctorado_derecho&utm_content=texto_expandido&utm_term=general_ciudades_text_ads_cpc&gclid=CjwKCAjw97P5BRBQEiwAGflV6eq89v-4bT-09NaOy-QG-U1EO38cLycQU0O4WOps4EX9wX73rdI7KcRoC3TgQA-vD_BwE.

Universidad del Norte de Colombia (s. f.). *Perfil profesional*. https://www.uninorte.edu.co/web/doctorado-en-derecho/perfiles.

Universidad Diego Portales (s. f.). *Perfil de egreso*. https://postgrados.udp.cl/programas/doctorado-en-derecho/.

Universidad Nacional Autónoma de México (s. f.). *Perfiles*. https://doctorado.juridicas.unam.mx/normatividad/.

Universidad Nacional de Colombia (s. f.). *Perfil del egresado*. http://derecho.bogota.unal.edu.co/formacion/posgrado/doctorados/doctora- do-en-derecho/

Witker, J. (2017). Los derechos humanos: nuevo escenario de la investigación jurídica. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, *50*(149), 979-1005. http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v50n149/2448-4873-bmdc-50-149-979.pdf.

Revista *Ratio Juris* Vol. 18 N.º 36, 2023, DOI: 10.24142/raju, pp. 127-146 © UNAULA

ARTÍCULO DE REFLEXIÓN

ESTADO SOCIAL DE DERECHO COMO PARÁMETRO HERMENÉUTICO

RULE OF LAW AS A HERMENEUTICAL PARAMETER IN THE SOCIAL STATE OF LAW

ESTADO DE DIREITO COMO PARÂMETRO HERMENÊUTICO NO ESTADO SOCIAL DE DIREITO

CATHERINE YULIET CÓRDOBA-CHAMORRO*

Recibido: 27 de noviembre de 2022 - Aceptado: 13 de marzo de 2023 -
Publicado: 23 de mayo de 2023
DOI: 10.24142/raju.v18n36a7

Resumen

Este artículo describe cómo la evolución del modelo de Estado de derecho a Estado social de derecho generó, entre otros escenarios jurídicos, cierto cambio en la interpretación de la norma; así las cosas, el surgimiento de tal modelo estatal y los elementos que lo conforman no solamente deben ser considerados una evolución en las disposiciones normativas constitucionales, sino también parámetro hermenéutico para procesos de creación y aplicación normativa.

* Docente investigadora y abogada de la Universidad CESMAg (Centro de Estudios Superiores María Goretti), maestría en Derecho Público, Universidad Externado de Colombia, Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín. CvLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001977360, ORCID: https://orcid.org/0000-0002-3364-4238, Google Scholar: https://scholar.google.com/citations?view_op=list_works&hl=es&user=cKTqnG4AAAAJ, correo electrónico: cycordoba@unicesmag.edu.co

Si bien dentro de los procesos interpretativos se encuentra un abanico de métodos, es importante considerar la importancia y el alcance que ostenta el concepto de Estado social de derecho como uno de aquellos, pues en un Estado constitucional los criterios dispuestos en la norma de normas, y de acuerdo con el principio de juridicidad, deben acatarse en distintos escenarios dentro del ámbito jurídico.

Palabras clave: Estado social de derecho, parámetro hermenéutico, normativas constitucionales, creación y aplicación normativa, principio de juridicidad.

Abstract

This article describes how the evolution from the Rule of Law model to the Social State of Law has generated, among other legal scenarios, a certain change in the interpretation of norms. Therefore, the emergence of such a state model and its constituent elements should not only be considered as an evolution in constitutional normative provisions but also as a hermeneutical parameter for the processes of norm creation and application.
While there is a range of interpretive methods within the interpretive processes, it is important to consider the importance and scope that the concept of the Social State of Law holds as one of those methods. This is because, in a Constitutional State, the criteria established in the fundamental norm and in accordance with the principle of legality must be followed in different scenarios within the legal sphere.

Key words: State of law, social State of law, constitutional State, neoconstitutionalism, legal hermeneutics, methods of interpretation.

Resumo

Este artigo descreve como a evolução do modelo de Estado de Direito para o Estado Social de Direito gerou, entre outros cenários jurídicos, certa mudança na interpretação da norma; Assim, o surgimento de tal modelo de Estado e dos elementos que o compõem, não deve ser considerado apenas como uma evolução nos dispositivos normativos constitucionais, mas também como parâmetro hermenêutico para processos de criação e aplicação normativa.

Ainda que dentro dos processos interpretativos haja uma gama de métodos, é importante considerar a importância e alcance do conceito de Estado social de direito como um deles, até porque quando nos encontramos em um Estado Constitucional os critérios previstos no a norma das normas e de acordo com o princípio da legalidade, tais parâmetros devem ser seguidos em diferentes cenários dentro do campo jurídico.

Palavras-chave: Estado de direito, Estado social de direito, estado constitucional, neoconstitucionalismo, hermenêutica jurídica, métodos de interpretação.

Introducción

El Estado social de derecho surge como evolución —si así se le quiere calificar— del Estado de derecho liberal o Estado liberal, en donde la supremacía legal era directriz de creación y aplicación normativa, de modo que el ordenamiento jurídico y su interpretación se regía por lo dispuesto en la normativa legal; en otras palabras, el Estado de derecho era un Estado legocéntrico en el que la norma legal fijaba parámetros hermenéuticos ante el resto de las normas jurídicas conformadoras del ordenamiento, incluyendo aquí la Constitución de la época —huelga decir, la Constitución de 1886, conocida en la historia constitucional colombiana como la "Constitución de Núñez"—. El sometimiento expuesto con antelación, responde a dos conceptos relevantes, el primero de ellos relacionado con la noción de supremacía legal; el segundo a la idea que dentro del Estado de derecho la norma constitucional no contaba con vocación de aplicación directa, lo cual implicaba que, para su aplicación, se requería regulación legal.

Ahora bien, la transición de Estado de derecho a Estado social de derecho, y con ello el concepto denominado neoconstitucionalismo, trajo consigo, entre otros aspectos, una concepción distinta respecto a los procesos hermenéuticos ejercidos desde el momento de la creación normativa hasta su aplicación; en consecuencia, la norma superior y sus contemplaciones deben considerarse parámetro rector interpretativo. Esto responde a lo que Atienza (2016, p. 354) refiere como Estado constitucional.

En el momento en que Colombia adopta este modelo de Estado, es decir, a partir de la expedición de la Constitución de 1991, el texto constitucional se erige como norma imperante del ordenamiento jurídico, ahora sí con vocación de aplicación directa y entendida como norma que consagra directrices que otorgan criterios de validez formal y material respecto a las normas infraconstitucionales, convirtiéndose entonces en norma de normas; ante tal representatividad normativa sus elementos y disposiciones deben ser considerados parámetros interpretativos, no solo en lo que respecta a la aplicación normativa, sino también a procesos de creación normativa, por consiguiente, los elementos constitutivos del concepto de Estado social de derecho, el cual está consagrado en la norma superior, deben acatarse en el momento de efectuar procesos hermenéuticos; es así como, por ejemplo, y entre otros, el concepto de DIgNIDAD HUMANA debe considerarse elemento determinante en la creación de normas infraconstitucionales y la aplicación de las mismas.

Metodología

Paradigma

En el presente artículo se aplicará el paradigma naturalista, dentro del cual se busca analizar el surgimiento del Estado social de derecho y su consecuente evolución e incidencia dentro de los procesos hermenéuticos normativos a causa de girar la mirada hacia el hombre como portador de derechos inalienables; como resultado de ello, entender los fenómenos sociojurídicos relacionados con el aparecimiento del ya mencionado tipo de Estado en procesos interpretativos.

Enfoque

El enfoque del presente trabajo será cualitativo, por cuanto la labor investigativa se concentrará en comprender y analizar el contexto sociojurídico respecto a la incidencia del concepto de Estado social de derecho dentro de procesos hermenéuticos normativos, teniendo en cuenta la comprensión de los fenómenos, los contextos, las situaciones, las percepciones y realidades.

Método

El método es el histórico hermenéutico, toda vez que dentro del presente trabajo investigativo se efectuará un análisis histórico respecto al surgimiento del concepto de Estado social de derecho y su aplicación dentro de los procesos interpretativos; así mismo, se pretende determinar la incidencia, el acatamiento y alcance de tal concepto y sus elementos constitutivos, con el fin de determinar la eficacia del término ya mencionado.

Técnicas e instrumentos de recolección

El escenario de la presente investigación será eminentemente bibliográfico y jurisprudencial; respecto a este último, cabe aclarar que encierra sentencias emitidas por la Corte Constitucional, instrumentos que permiten establecer conceptos referentes al Estado social de derecho, entendido como parámetro hermenéutico, para comprender su alcance y eficacia.

Se utilizó la técnica que consiste en la revisión documental o bibliográfica que, en palabras de Peña (2010), se entiende como “el proceso de

averiguación y selección de fuentes de información sobre el problema o la pregunta de investigación" (p. 2), y para lograrla se recurrió a fichas normativas, jurisprudenciales, bibliografías y páginas web.

Resultados

Podemos comenzar señalando que, con antelación a 1991, esto es, bajo la vigencia de la Constitución de Núñez, Colombia adoptaba el modelo de un Estado liberal de derecho en el cual predominaba el imperio de la ley (Muñoz, 2014, p. 62), por lo que el sistema jurídico era comprendido como un sistema legocéntrico. Tal supremacía legal tuvo distintas implicaciones, entre las cuales se pueden destacar: 1) el sometimiento de la Constitución de 1886 a la norma legal y 2) la incidencia de esta última respecto a procesos de creación y aplicación normativa, pues no en vano el Código Civil colombiano, norma de 1887 —aún vigente en el ordenamiento actual—, considera desde tal época reglas de interpretación legal, las cuales procuran el sometimiento y respeto a la literalidad de esta.

Dicho legocentrismo, considerado parámetro para efectuar la aplicación e interpretación normativa, está consagrado en el artículo 27 de nuestro Código Civil (2023), el cual reza:

> Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.

El texto enunciado resalta la suficiencia legal, es decir, ante la claridad de la ley no se permite proceso hermenéutico alguno, no obstante, ante dudas sobre la norma legal que se pretende aplicar, es a ella misma a la cual se debe acudir para obtener las directrices necesarias para su interpretación y subsiguiente aplicación.

La suficiencia legal descrita descansa en la creencia de que el Código Civil se erige como un cuerpo normativo con tres características particulares: claridad, completud y coherencia (López, 2004, p. 156); en tal sentido, puede ser que en el texto legal del código existan vacíos y contradicciones ocasionales, pero igualmente tiene los recursos internos suficientes para solucionar tales inconvenientes interpretativos (López, 2004, p. 179).

Al igual que el artículo 27 del Código Civil se puede observar que hasta el artículo 32 el parámetro hermenéutico es exclusivamente la ley. Ahora bien, dentro de las distintas reglas de interpretación que dicha disposición normativa ofrece se encuentra la interpretación sistemática o por contexto, la cual permite acudir a otra ley para realizar procesos hermenéuticos; así lo reza el artículo 30 de la norma civil, al señalar que

> el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto (Código Civil, 2023).

Todo lo anterior corrobora que, en caso de efectuar procesos hermenéuticos el método interpretativo que se debe emplear es el exegético. En este sentido, es preciso mencionar que, a pesar de existir una norma constitucional en tal época —Constitución de 1886—, esta era considerada un texto político sin vocación de aplicación directa, lo cual implicaba que su aplicación e interpretación dependía de disposiciones legales. Según el profesor Muñoz Agredo (2021), "este era el escenario de la llamada *interpositio legislatoris* en la cual la mediación del legislativo era condición necesaria para la efectividad de los derechos reconocidos en sede constitucional" (p. 34).

Es esto último lo que nos indica y confirma la preeminencia de la norma legal y la realización de procesos hermenéuticos hiperliteralistas y legocéntricos que, si bien brindaban, y aún brindan, seguridad jurídica, su aplicación resultaba estrictamente gramatical y no daba espacios para otros métodos interpretativos más garantistas o con mayor marco de consideración.

Lo expuesto se presenta de manera idéntica en los diferentes contextos jurídicos, hasta el momento en el que las respectivas reformas constitucionales hacen tránsito al modelo de Estado social de derecho, dejando atrás el vetusto modelo de Estado de derecho, o mejor, de Estado de derecho liberal. Sobre tal evolución, a nivel colombiano hablaremos más adelante, por el momento haremos referencia a la evolución del concepto de Estado social de derecho a nivel global, por cuanto es en este escenario en donde se explica el surgimiento de tal figura, y con ello tener claridad sobre las implicaciones de que Colombia adoptara y adaptara tal noción dentro del ordenamiento jurídico.

La figura de Estado social de derecho surge bajo la necesidad de contar con un cambio de paradigma dentro de la cultura jurídica (Aguiló, 2004,

p. 9), es decir, resultó imperioso que el ordenamiento jurídico dispusiera de una norma suprema que considerara principios rectores y que estos se convirtieran en límites y a su vez en fines esenciales del Estado. Entre aquellos principios se mencionan la democracia, la dignidad humana, la solidaridad, la igualdad, la redistribución de la riqueza y la prevalencia del interés general, entre otros que incidieron directamente en la implementación de una nueva estructura política, económica, social y jurídica.

La adopción del Estado social de derecho se efectuó de manera escalonada, es decir, los primeros países en adoptar tal concepto fueron Alemania, Italia y Francia, no obstante, la necesidad y conciencia de llevar a cabo dicho cambio o evolución —si así se permite— fue aceptada en la mayoría de los países; claro está, en algunos de ellos tuvo un proceso de adopción tardío (Gómez, 2006, p. 78) e incluso hay algunos que aún no lo han adoptado.

Una de varias causas que originaron el surgimiento del Estado social de derecho fueron aspectos con incidencia socioeconómica que, por supuesto, afectaron a las otras esferas y a la estructura misma del Estado; tal evolución implicó grandes cambios importantes en lo que al ordenamiento jurídico y estructura sociojurídica corresponde, pues debido al ya mencionado desarrollo se fijaron nuevos parámetros normativos de obligatorio cumplimiento, y tanto su acatamiento como observancia se constituyeron en consagraciones imperativas que, por su relevancia, debían establecerse en una norma que se situara en la escala jerárquica más elevada del ordenamiento, constituyéndose en la norma suprema.

Es por lo anterior que surge la necesidad de crear constituciones que consagren directrices normativas superiores, que comprendan derechos sociales, promuevan el pluralismo, propendan por la igualdad y la solidaridad, garanticen la prevalencia del interés general sobre el particular y que respondan a las nuevas necesidades sociales pero bajo una consideración sociopolítica distinta; en consecuencia, el nuevo concepto de Estado dirigirá sus políticas para alcanzar un desarrollo y progreso social, en otras palabras, el nuevo modelo de Estado requería elevar a un plano constitucional disposiciones normativas que consagraran garantías y derechos sociales, y que estas no solamente reciban una denominación jurídica especial, sino también una aplicación y consideración jurídica imperante (Bermúdez y Morales, 2012, p. 57).

De acuerdo con tal línea de pensamiento, es viable afirmar que la norma constitucional adquiere relevancia e incidencia jurídica, pues es la norma que consagra y enuncia los pilares o principios que regirán dentro del orden

político, social y jurídico, por ello, el nuevo modelo de Estado impone una estructura en donde se presentan concepciones como la democratización de los derechos sociales, la cual está considerada parámetro normativo superior y vinculante.

Aquellos principios consagrados en las normas constitucionales pueden apreciarse bajo dos ópticas distintas; la primera de ellas entendida como las disposiciones normativas que conllevan garantías para los administrados, pues aquellas cobijan un marco de apreciación más garantista para la comunidad y para el individuo en sí; en segundo lugar, tales principios constitucionales se convierten en límites y parámetros normativos respecto a todas las actuaciones efectuadas por parte los operadores jurídicos, quienes deberán considerar aquellos principios como normas rectoras para procesos de creación, aplicación e interpretación normativa.

De esta manera, y adentrándonos en el surgimiento del Estado social de derecho en Colombia, podemos afirmar que a partir del año 1991, como producto de la Asamblea Nacional Constituyente, Colombia se inscribe en el modelo de Estado social de derecho dentro del cual, y según lo expuesto por la honorable Corte Constitucional colombiana, en sentencia, "el Estado social de derecho busca realizar la justicia social y la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional" (República de Colombia, 2001, p. 34).

La profesora María Cristina Gómez Isaza (2006, p. 79), por su cuenta, señala que de acuerdo con lo indicado por García Pelayo, el Estado social de derecho debe ser entendido como el Estado que surge por necesidades sociales insatisfechas en el Estado liberal; entonces, y bajo un criterio teleológico, el Estado social de derecho nace como una figura que pretende proteger los derechos fundamentales, individuales y colectivos, que en el modelo de Estado anterior estaban sometidos a la voluntad del legislador, sin que cobraran aplicación efectiva con la sola consagración en el texto constitucional; es por esto por lo que aflora la necesidad de un cambio estructural que transforme los escenarios políticos, sociales y jurídicos bajo una concepción más garantista.

El Estado social de derecho comprende, a su vez, la denominación de Estado constitucional, considerado así no por el hecho de contar con un texto constitucional *per se*, sino porque tal constitución ostenta la calidad de norma suprema, no solo dentro del ordenamiento jurídico, sino también dentro del Estado como tal. Al respecto, vale la pena recordar que Colombia, antes de 1991, era un Estado con Constitución más no un Estado constitucional.

La nueva denominación de Estado constitucional ubica en la cúspide del ordenamiento jurídico a la Constitución Política, la cual, a diferencia de su antecesora —Constitución de 1886— sí cuenta con vocación de aplicación directa, es decir, su aplicación e interpretación no requiere de consideraciones legales, sino que, por el contrario, la ley pasa a ocupar el segundo escalón normativo con absoluta dependencia de la norma constitucional, siendo esta última la norma que determina los criterios de validez material y formal respecto al resto de las normas infraconstitucionales.

Con el surgimiento del concepto de Estado social de derecho se adopta la figura denominada neoconstitucionalismo, o también considerada constitucionalismo contemporáneo (Prieto, 2007, p. 89). Tal figura acarrea un cambio en la cultura jurídica, pues en consecuencia, el Estado de derecho —esta acepción entendida no respecto al tipo de Estado, sino respecto a que el Estado se rige por normas jurídicas, lo que implica que este se somete a derecho (República de Colombia, 1998, p. 10)— se sustenta en normas de naturaleza moral contempladas en la norma suprema; huelga decir, valores y principios constitucionales.

De acuerdo con lo expuesto, el surgimiento del neoconstitucionalismo trae consigo efectos en los que a la validez normativa o las decisiones tomadas por operadores jurídicos respecta, pues las normas infraconstitucionales "ya no dependen de su mera existencia, sino de su adecuación formal y sustantiva a la Constitución y, más aún, de su consistencia práctica con ese horizonte de moralidad que preside y se recrea en la argumentación constitucional" (Prieto, 2007, p. 89); en otras palabras, la Constitución Política como norma de normas es criterio de validez no únicamente de las normas, sino también de las decisiones que comprenden tales normas.

Así las cosas, una de varias conquistas importantes del llamado neoconstitucionalismo es la incidencia que tiene la norma suprema respecto a las normas infraconstitucionales en lo concerniente a procesos de creación, aplicación e interpretación, pues la *lex superior* y todas sus disposiciones se convierten en directriz obligatoria, y respecto a ellas, las normas no solo deben adecuar su contenido, sino también su resultado de aplicación e interpretación.

El alcance del neoconstitucionalismo, tal y como ya se ha expuesto con antelación, genera un cambio importante en el paradigma jurídico, por cuanto comprender a un Estado como Estado constitucional es entender que tal concepto incide en la eficacia y el alcance de la Constitución Política como norma, pues ante la nueva acepción, dicha disposición normativa

se convierte, como lo expuso Kelsen en su obra *Teoría pura del derecho* (2009, p. 32), en la norma fundamental, o como lo planteó Hart en *La decisión judicial* (Rodríguez, 1997, p. 27), en la regla de reconocimiento, de ahí su importancia y trascendencia ante el nacimiento del denominado Estado constitucional, el cual, tal y como se dijo líneas atrás, no se refiere al simple hecho de que la institución estatal cuente con un texto constitucional, sino a que el Estado cuente con una Constitución que irradie no solamente el ordenamiento jurídico, sino también las actuaciones efectuadas por particulares y autoridades públicas, emergiendo así el *principio de juridicidad* (Santaella, 2014, p. 99).

Ahora bien, como consecuencia del principio de juridicidad, la norma constitucional se convierte en parámetro imperioso para crear, interpretar y aplicar las normas contentivas del ordenamiento jurídico, incluso, el resultado de la aplicación de la norma jurídica también se encuentra condicionado a la norma superior, así lo indica la Corte Constitucional al afirmar que "los resultados hermenéuticos deben ser compatibles con las restricciones formales y materiales de validez que impone la Constitución" ((República de Colombia, 2016, p. 28), entonces la incidencia constitucional es tan relevante que, como *lex superior*, obliga, restringe y de cierta manera limita los procesos hermenéuticos.

Retomando el alcance del principio de juridicidad, resulta posible entender la incidencia que tiene la norma superior frente a las actuaciones de las autoridades públicas como particulares, por cuanto son ellos quienes deben cumplir, observar y acatar los parámetros superiores; tal irradiación, plausible por algunas posturas y criticadas por otras, hace que todas las actuaciones surtidas dentro del Estado se sometan a la consideración de criterios teleológicos constitucionales. La respuesta al tradicional principio de legalidad, entendido como el "imperio de la ley" (Muñoz, 2007, p. 62), lo sustituye el denominado principio de juridicidad, que se convierte en elemento relevante para la comprensión de la constitucionalización del derecho.

En este sentido, se comprende que la norma constitucional ostenta tal importancia jurídica que debe tenerse en cuenta no únicamente como la norma imperante dentro del ordenamiento jurídico, sino también como norma suprema frente a todas las actuaciones que se efectúen dentro del Estado; así lo establece el artículo 4 superior, el cual reza:

> La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán

> las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades (República de Colombia, 1991).

Es por lo dispuesto en el artículo 4 superior relacionado con la supremacía constitucional que a dicha disposición se le otorga la denominación de norma suprema; así entonces, al adquirir tal adjetivo se hace posible vislumbrar a cabalidad que todas sus disposiciones también lo son, y bajo el mismo argumento su consideración y aplicación se tornan comprensiones imperiosas para los operadores jurídicos.

Entendido entonces que la norma constitucional y sus disposiciones ostentan la calidad de supremacía normativa, resulta necesario también entender las distintas disposiciones que comprende la Constitución Política, la cual está conformada por disposiciones con estructura cerrada y otras normas con textura abierta, siendo estas últimas las que de alguna manera exigen procesos hermenéuticos más profundos y complejos.

Visto lo anterior, y en consideración a las disposiciones jurídicas constitucionales con textura abierta, se menciona, en primer lugar, el preámbulo, el cual señala:

> En ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana decreta, sanciona y promulga la siguiente (República de Colombia, 1991).

El preámbulo es el preludio solemne que presenta la norma constitucional y resume las directrices y finalidades que debe cumplir el Estado; dicha disposición se caracteriza por contener principios y valores que irradian el sistema normativo y las actuaciones de gobernantes y gobernados, y lejos de ser un simple encabezamiento, goza de poder vinculante y exige su consideración y acatamiento; así lo refiere la Corte Constitucional, al indicar que

> lejos de ser ajeno a la Constitución, el Preámbulo hace parte integrante de ella. Las normas pertenecientes a las demás jerarquías del

> sistema jurídico están sujetas a toda la Constitución, y si no pueden contravenir los mandatos contenidos en su articulado, menos aún les está permitida la transgresión de las bases sobre las cuales se soportan y a cuyas finalidades apuntan. El Preámbulo goza de poder vinculante (República de Colombia, 1992, p. 28).

En segundo lugar, podemos mencionar los valores constitucionales, entendidos como los fines esenciales del Estado, para lo cual acudimos al artículo 2 superior, que reza:

> Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (República de Colombia, 1991).

Como disposición normativa relevante para la presente investigación, mencionamos los principios constitucionales, los cuales están consagrados en toda la norma suprema, empezando por el preámbulo, seguido del artículo 1, 2 y de manera disgregada en el resto del texto superior.

El artículo 1 del texto constitucional refiere:

> Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Se destaca que el inicio del artículo alude al tipo de Estado que ostenta Colombia, pues tal disposición enuncia el concepto de Estado social de derecho y lo presenta como principio constitucional, característica relevante para el entendimiento de la presente investigación, por cuanto percibiendo el Estado social de derecho como principio constitucional es preciso aten-

der al artículo 2 superior, disposición que exterioriza que el Estado deberá garantizar la efectividad de los principios constitucionales, los cuales deben considerarse pilares fundamentales tanto para las normas como para las actuaciones de particulares y autoridades públicas, por ello, y en relación con el alcance y la relevancia del artículo 1 superior y todo su contenido, la Corte Constitucional señala: "El artículo primero de la Constitución es la clave normativa que irradia todo el texto fundamental" (República de Colombia, 1992, p. 9).

En este punto, y de acuerdo con la línea de pensamiento referida a los principios constitucionales, vale decir que estos son comprendidos como mandatos de optimización, es decir, tales disposiciones deben cumplirse y protegerse siempre en la mayor medida posible; de igual manera, son disposiciones jurídicas indeterminadas con textura abierta, con cierto margen de generalidad y abstracción; en consecuencia, debido a su naturaleza y características específicas es preciso que los procesos de interpretación que consideren tales cánones superiores acudan a criterios adicionales y se sometan a consideraciones con una mayor carga argumentativa por parte del hermeneuta.

Respecto a los principios constitucionales, la Corte Constitucional afirma:

> Consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida […]. Son principios constitucionales, entre otros, los consagrados en los artículos primero y tercero: el Estado social de derecho, la forma de organización política y territorial, la democracia participativa y pluralista, el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, la prevalencia del interés general (artículo 1); la soberanía popular y la supremacía de la Constitución (artículo 2). [...] Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental (República de Colombia, 1992, p. 9).

Antes de referirnos a la interpretación de los principios constitucionales y dentro de ellos el concepto de Estado social de derecho, es preciso exponer que la utilización de los principios constitucionales es aceptada por algunas posturas y censuradas por otras, esto por cuanto la interpretación de tales normas lleva a la "destrucción de la normatividad de la Constitución"

(Gómez, 1998, p. 168), no obstante, y en consideración al objeto del presente artículo, cabe recordar el modelo de Estado adoptado por nuestro país; huelga decir que Colombia se ha erigido como Estado social de derecho y, por ende, como Estado constitucional, en consecuencia, las disposiciones contenidas en la norma superior requieren acatarse, por cuanto adquieren la característica de "supranormatividad" (Gómez, 1998, p. 169).

Ahora bien, retomando el tema que nos ocupa, señalar que el Estado social de derecho es calificado como principio constitucional y además es parámetro hermenéutico conlleva un despliegue considerable, a saber:

En primer lugar, podemos comprender el concepto de Estado social de derecho como parámetro en el proceso de creación normativa, por ello, en términos generales, todo creador de normas tiene que someterse a los criterios de validez formal y material expuestos por la norma suprema; en consecuencia, dentro del proceso de creación normativa se deben acatar las disposiciones constitucionales dentro de las cuales se enuncia el concepto de "Estado social de derecho" y los elementos que lo conforman, y así también considerar la finalidad y el alcance de este; en otras palabras, tanto el contenido de la norma como su proceso de formación deben tener en cuenta elementos característicos que hacen parte del concepto de Estado social de derecho: dignidad humana, igualdad, solidaridad, redistribución de la riqueza, prevalencia del interés general, entre otros; así las cosas, el contenido expuesto en la norma creada no debe contradecir ni desconocer el concepto "Estado social de derecho", su alcance y sus elementos.

Otra esfera que exige la comprensión del Estado social de derecho es la existente en los procesos hermenéuticos aplicativos de normas jurídicas; en este contexto se requiere que la aplicación e interpretación de la norma responda al ya mencionado concepto y a todos sus elementos constitutivos indicados con antelación.

Ahora, de acuerdo con lo anterior, y bajo la comprensión de la evolución, el surgimiento, el alcance, el significado y el concepto de Estado social de derecho, es necesario adentrarnos a lo que la hermenéutica jurídica respecta, y bajo ese entendido concebir tal figura como parámetro interpretativo rector dentro de la hermenéutica constitucional.

Si consideramos que la hermenéutica permite interpretar las normas jurídicas y como consecuencia de ello llevar a cabo la aplicación y determinación de su alcance, es preciso entender que para lograr los procesos hermenéuticos se puede acudir a diversos métodos y principios de interpretación, los cuales llevan a distintos resultados jurídicos, pues el tempera-

mento interpretativo de los operadores jurídicos puede variar entre sí (Parra, 2018, p. xxviii).

Si bien es cierto que para interpretar la Constitución Política se puede apelar a los métodos tradicionales, ellos serán aplicables específicamente para algunas disposiciones, pues de acuerdo con lo expuesto líneas arriba, en relación con los tipos de disposiciones que contiene la norma suprema, cabe indicar que la *lex superior* también está conformada por contenidos normativos con estructura abierta y con cierto grado de generalidad y abstracción en su contenido; por lo anterior, y de acuerdo con la ubicación jerárquica de la norma constitucional y la naturaleza de la misma, es necesario acudir a métodos o principios de interpretación que respondan a la importancia de aquella, entre los cuales se menciona la supremacía constitucional, la unidad constitucional, la eficacia constitucional, el método sistemático, la consideración del tipo de Estado y el método teleológico, entre otros.

En relación con la interpretación constitucional, y según la postura valorativa del hermeneuta, la profesora María Cristina Gómez Isaza (1998) afirma:

> La interpretación de las normas constitucionales no posee un método o un procedimiento determinado por la Constitución de manera concreta; actualmente se reconoce la posición valorativa del intérprete, la posibilidad de argumentar con criterios diferentes a los utilizados para la interpretación de la ley ordinaria, y la incontrolabilidad de estas valoraciones (p. 167).

Por ello, el Estado social de derecho, entendido como principio constitucional, debe considerarse un parámetro interpretativo rector, así lo señala la misma autora al indicar que el Estado social de derecho debe utilizarse como "directiva de interpretación básica" (Gómez, 1998, p. 170), y ante tal aplicación, lograr la eficacia de los derechos sociales, entendidos como los derechos que dieron origen al tipo de Estado mencionado.

En este orden de ideas, el aparecimiento del Estado social de derecho genera implicaciones en el campo hermenéutico, pues bajo tal concepto, concebido como parámetro rector interpretativo, las aplicaciones normativas alcanzan un nuevo significado con tintes más valorativos e ideológicos.

De lo que se trata entonces no es simplemente de adoptar el concepto de Estado social de derecho y por ello comprender conceptos como la estructura de poder, o la división de los poderes públicos —elementos que

conforman el concepto de Estado de derecho—, es adoptar el Estado social de derecho como parámetro hermenéutico, acoger sus fines, su contenido, su alcance, sus elementos más profundos y característicos como la solidaridad, el interés general, la dignidad humana, la igualdad, la libertad y la consideración de los derechos sociales, entre otros elementos que dieron origen a su surgimiento. En consecuencia, su acatamiento lleva al cumplimiento de tales rasgos distintivos, propios de un Estado constitucional.

Percibir al Estado social de derecho como parámetro hermenéutico implica considerar la finalidad de este, tal comprensión teleológica ha sido referida por la Corte Constitucional, al indicar:

> La finalidad del Estado social de derecho tiene como base para su interpretación finalística al ser humano, visto de manera concreta, esto es, con contenido, encontrándose con individuos materiales y no con entes abstractos. Su razón de ser es constituir un medio idóneo en el cual los asociados puedan extender plenamente sus potencias vitales (República de Colombia, 1993, p. 9).

Recordando lo planteado líneas arriba, relacionado con la idea de que el Estado social de derecho es concebido como un principio constitucional, vale la pena tener presente la porosidad que caracteriza dichas normas, lo cual implica dos escenarios; el primero de ellos la amplitud de significados y alcances que puede contener tal concepto, y el segundo la necesidad de acatarlo, por cuanto se está ante mandatos de optimización. En otras palabras, entender el Estado social de derecho como parámetro hermenéutico rector implica enfrentarse a un problema interpretativo —esto por la generalidad y abstracción de la norma— y ante una necesidad hermenéutica por cuanto en el Estado constitucional es imperante considerar principios superiores percibidos como pautas y límites en la interpretación constitucional (Parra, 2018, p. 284).

De lo que se trata entonces es de humanizar, democratizar y socializar la hermenéutica constitucional, comprender el tipo de Estado que ostenta Colombia y el alcance del mismo, pues al fin y al cabo la “nueva” hermenéutica constitucional requiere otorgarle la plenitud a dicha norma; se trata de tomar en serio el texto constitucional y sus disposiciones, y como resultado de tal proceso interpretativo alcanzar la supremacía, la unidad y eficacia de la norma de normas (Blanco, 2010, p. 196).

Conclusiones

De acuerdo con este trabajo investigativo se puede concluir que el texto constitucional merece una interpretación que alcance y vaya acorde con la importancia y jerarquía de tal norma, ahora, si bien en la actualidad el concepto de Estado social de derecho es considerado parámetro hermenéutico, este ha tenido una adopción paulatina.

Plantearse el Estado social de derecho como directiva hermenéutica permite alcanzar el efecto útil de la Constitución (Blanco, 2010, p. 192), pues hacerlo propende por el cumplimiento de los propósitos del Estado contenidos en la Constitución Política y así alcanzar la eficacia de la norma suprema.

Es importante comprender una característica propia de la norma de normas, que se refiere a la supremacía de la Constitución, por tal razón, que aquella merece una hermenéutica especial que respete sus disposiciones y le otorgue plenitud a las mismas, es decir, los procesos interpretativos constitucionales permiten que las consagraciones constitucionales, entre ellas el principio de Estado social de derecho, alcancen su eficacia y real aplicación.

La hermenéutica constitucional se convierte entonces en parámetros que orientan a los operadores jurídicos y destinatarios de las normas para comprender el alcance y la eficacia de las disposiciones superiores.

Referencias

Aguiló, J. (2004). *La constitución del Estado constitucional*. Palestra.

Atienza, M. (2016). Argumentación jurídica y Estado constitucional. *Estudios Jurídicos*, (261), 353-369. https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anales-jurisprudencia/article/view/1907/1796.

Bermúdez, W. y Morales, J. C. (2012). Estado Social de Derecho: consideraciones sobre su trayectoria histórica en Colombia a partir de 1991. *Cuestiones políticas*, *28*(48), 51-77.

Blanco, G. (2010). *De la interpretación legal a la interpretación constitucional*. Ibañez.

Código Civil (2023). https://www.conceptosjuridicos.com/co/codigo-civil/.

Gómez, M. C. (1998). El Estado Social de Derecho como directiva de interpretación constitucional. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, (99), 162-179. https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/4283.

Gómez, M. C. (2006). La historia del Estado Social de Derecho. *Estudios de Derecho*, *63*(141), 73-99. https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/332229.

Kelsen, H. (2009). *Teoría pura del derecho* (4 ed.). Eudeba.

López, D. E. (2004). *Teoría impura del derecho.* Universidad de los Andes, Legis, Universidad Nacional de Colombia.

Mercado, D. y Echeverría, M. (2015). *La interpretación en el derecho*. Universidad Libre. https://www.unilibre.edu.co/cartagena/pdf/investigacion/libros/derecho/INTERPRETACIONDERECHO.pdf.

Muñoz, M. F. (2007). *Argumentación jurídica y neoconstitucionalismo en Colombia*. Universidad de Nariño.

Muñoz, M. F. (2014). *La constitucionalización del derecho de los contratos privados en Colombia*. Universidad de Nariño.

Muñoz, M. F. (2021). *La libertad de contratación y sus límites en el Estado Social de Derecho*. Universidad de Nariño.

Parra, N. (2018). *Temperamentos interpretativos: interpretación del contrato, la ley y la Constitución*. Legis.

Prieto, L. (2007). Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones. *AA. VV. Revista Foro Universitario*, (23).

República de Colombia (1991). *Constitución política de Colombia*. https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf.

República de Colombia (5 de junio de 1992). Corte Constitucional. T-406. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-406-92.htm.

República de Colombia (13 de agosto de 1992). Corte Constitucional. Sentencia C-479. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/c-479-92.htm.

República de Colombia (29 de marzo de 1993). Corte Constitucional. Sentencia T-124. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-124-93.htm.

República de Colombia (2 de diciembre de 1998). Corte constitucional. Sentencia SU-747.

https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/SU74798.htm#:~:text=La%20acepci%C3%B3n%20Estado%20de%20derecho,del%20marco%20de%20la%20%C3%BAltima.

República de Colombia (10 de octubre de 2001). Corte Constitucional. Sentencia C-1064. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1064-01.htm.

República de Colombia (10 de febrero de 2016). Corte constitucional. Sentencia C-054. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-054-16.htm.

Rodríguez, C. (1997). *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin.* Siglo del Hombre, Universidad de los Andes.

Santaella, H. (2014). Del principio de legalidad al principio de juridicidad: implicaciones para la potestad normativa de la administración de una transición constitucionalmente impuesta. En A. Montaña y A. Ospina (Eds.), *La constitucionalización del Derecho administrativo, Xv jornadas internacionales de derecho administrativo* (pp. 79-117). Universidad del Externado.

Revista *Ratio Juris* Vol. 18 N.º 36, 2023, DOI: 10.24142/raju, pp. 147-168 © UNAULA

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

FUNDAMENTACIÓN DOCTRINARIA Y AXIOLÓGICA DE LAS SENTENCIAS PENALES DEL DERECHO EN EL PODER JUDICIAL DE PASCO, PERÚ

DOCTRINAL AND AXIOLOGICAL FOUNDATION OF CRIMINAL JUDGMENTS IN THE JUDICIAL POWER OF PASCO, PERÚ

FUNDAMENTO DOUTRINÁRIO E AXIOLÓGICO DAS SENTENÇAS PENAIS DE DIREITO NO PODER JUDICIÁRIO DE PASCO, PERÚ

DEGOLLACIÓN ANDRÉS PAUCAR-COZ*
ESTELITA RIMAC-VENTURA**

Recibido: 27 de noviembre de 2022 - Aceptado: 13 de marzo de 2023 -
Publicado: 23 de mayo de 2023
DOI: 10.24142/raju.v18n36a8

* Docente investigadora y abogada de la Universidad CESMAg (Centro de Estudios Superiores María Goretti), maestría en Derecho Público, Universidad Externado de Colombia, Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín. CvLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001977360, ORCID: https://orcid.org/0000-0002-3364-4238, Google Scholar: https://scholar.google.com/citations?view_op=list_works&hl=es&user=cKTqnG4AAAAJ, correo electrónico: paucarcozdegollacion@gmail.com

** Docente investigadora y abogada de la Universidad CESMAg (Centro de Estudios Superiores María Goretti), maestría en Derecho Público, Universidad Externado de Colombia, Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín. CvLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001977360, ORCID: https://orcid.org/0000-0002-3364-4238, Google Scholar: https://scholar.google.com/citations?view_op=list_works&hl=es&user=cKTqnG4AAAAJ, correo electrónico: autores123@yahoo.com

Resumen

La investigación tiene como objetivo realizar un examen crítico y dogmático sobre la importancia de la fundamentación doctrinaria y axiológica de las sentencias penales en la época de la supremacía de la Constitución, la constitucionalización de las normas penales y el empleo de la hermenéutica constitucional en el razonamiento judicial. La investigación fue de tipo descriptiva, y el enfoque del problema en estudio ha sido efectuado desde la teoría del derecho penal garantista, que trata de restringir la violencia intrínseca del sistema penal para limitar su intervención en las funciones manifiestas de la pena establecidas en el artículo IX del Título Preliminar: preventiva, protectora y resocializadora, que el Estado peruano le asigna a la sanción pena, en el marco jurídico y político del Estado democrático de derecho, sustentado en la doctrina neoconstitucional y el paradigma de los derechos fundamentales. La dignidad es la cualidad ontológica de la persona que la distingue como ser superior racional, libre, consciente de sí misma, de su finitud y grandeza, capaz de valorar, optar, decidir y, por consiguiente, asumir la responsabilidad de sus actos, afirmándose que es el único ser que no tiene precio porque no tiene equivalente.

Palabras clave: fundamentación doctrinaria, axiológica, sentencia penal, resoluciones judiciales.

Abstract

The objective of this research is to conduct a critical and dogmatic examination of the importance of the doctrinal and axiological foundation of criminal judgments in the era of constitutional supremacy, the constitutionalization of criminal norms, and the use of constitutional hermeneutics in judicial reasoning. The research was descriptive in nature, and the focus of the problem under study has been carried out from the perspective of the guaranteeing theory of criminal law, which seeks to restrict the intrinsic violence of the penal system in order to limit its intervention to the manifest functions of punishment established in Article IX of the Preliminary Title: preventive, protective, and resocializing functions that the Peruvian State assigns to criminal sanctions, within the legal and political framework of the

democratic rule of law, supported by neo-constitutional doctrine and the paradigm of fundamental rights. Dignity is the ontological quality of the person that distinguishes them as a superior rational being, free, conscious of themselves, their finitude, and their greatness, capable of valuing, choosing, deciding, and therefore assuming responsibility for their actions, affirming that they are the only beings that are priceless because they have no equivalent.

Key words: doctrinal foundation, axiological foundation, criminal judgment, judicial decisions.

Resumo

O objetivo da pesquisa é realizar um exame crítico e dogmático sobre a importância da fundamentação doutrinária e axiológica das sentenças penais, no momento da supremacia da Constituição, da constitucionalização das normas penais e do uso da hermenêutica constitucional no raciocínio judicial. A pesquisa foi descritiva, a abordagem do problema em estudo foi realizada a partir da teoria do direito penal de garantia, que tenta restringir a violência intrínseca do sistema penal, limitar sua intervenção às funções manifestas da pena estabelecida no art. IX do Título Preliminar: preventiva, protetora e ressocializadora, que o Estado peruano atribui às sanções penais, no marco jurídico e político do Estado Democrático de Direito, com base na doutrina neoconstitucional e no paradigma dos direitos fundamentais. A dignidade é a qualidade ontológica da pessoa que a distingue como um ser superior, racional, livre, consciente de si, da sua finitude e grandeza, capaz de valorizar, optar, decidir e, portanto, assumir a responsabilidade pelos seus atos, afirmando que é da só sendo que não tem preço porque não tem equivalente.

Palavras-chave: fundamento doutrinário, fundamentação axiológica, sentença penal, decisões judiciais.

Introducción

Existe en la opinión pública una depreciación de la imagen del poder judicial que no solo se explica por el exiguo presupuesto, las condiciones materiales en las que desarrolla su labor y el estado permanente de crisis institucional, por la interferencia del poder político en las funciones jurisdiccionales y su reconocida y secular dependencia y sumisión al poder ejecutivo, evidenciada hasta la saciedad en la época del fujimorazo, sino también por otras causas que podríamos denominar de orden personal y académico-profesional, debido a la inadecuada o irregular selección, promoción y ascensos de los magistrados.

Las críticas al poder judicial, exageradas o no, y las denuncias constantes de prevaricato, corrupción, tráfico de influencias y fallos cuestionados por la comunidad jurídica y la ciudadanía, contribuyen a forjar una imagen negativa generalizada de la magistratura, que afecta el grado de confiabilidad en la función jurisdiccional y justifica el juicio negativo sobre la idoneidad personal, ética, moral y profesional del juez (Rojas y Salomón, 2015).

Llumpo (2012) expresa que es un lugar común reconocer que el poder judicial no es un poder, pues en realidad este se concentra en el ejecutivo y el legislativo, cuando el segundo no es un apéndice del primero. Al carecer de autonomía e independencia efectiva la judicatura es una función sin poder, aunque la doctrina y el ordenamiento jurídico formalmente lo reconocen como tal (Rubio, 2013). Su dependencia también se manifiesta en la asignación de recursos, siempre recortados, que no le permiten alcanzar sus objetivos, y porque en la selección, nombramiento, evaluación, ascenso y separación de la función jurisdiccional participan otros poderes y organismos autónomos como el Consejo Nacional de la Magistratura, porque ha sido diseñado para restarle autonomía e independencia para manipularlo y servir a otros intereses.

En ese sentido, el problema central de la presente investigación aborda un tema de carácter dogmático y axiológico, referido al análisis de la producción jurisdiccional desde una óptica para nosotros prevalente, referida a la fundamentación doctrinaria y axiológica de un tipo específico de resoluciones jurisdiccionales: las sentencias (Pavajeau, 2018).

También se ha elegido, en concreto, la fundamentación de las sentencias en los aspectos precitados, entre otras razones porque se considera que este tipo de resoluciones constituyen un valioso indicador de la formación, capacidad, actualización e idoneidad de nuestros magistrados; además, exis-

te la presunción, ante la explosión demográfica de abogados egresados de las innúmeras facultades de Derecho, con sus respectivas ramificaciones a nivel nacional en sedes, subsedes, sucursales, anexos y hasta modalidades de educación a distancia y evaluación por Internet, que la formación profesional de nuestros colegas es deficiente y que la profesión hace tiempo se supersaturó, pauperizándose el ejercicio profesional y el prestigio social que otrora disfrutó.

Por estas razones, Lagos y Flores (2017) plantean que, cuando se pretende menospreciar a los profesionales del derecho se les tilda de "codigueros", calificando así a los abogados que solo conocen el texto escueto y literal de la ley, limitándose en sus escritos a la cita textual de uno o más artículos como único fundamento de sus alegatos.

En consecuencia, la mera invocación de la norma legal como fuente exclusiva en la que se sustenta su pretensión o defensa, demuestra el tipo de formación del operador principal del derecho: el abogado y su desconocimiento de la ciencia del derecho, vale decir, de la dogmática jurídica que sirve de soporte imprescindible para elaborar una alternativa de solución partiendo del derecho objetivo; según Zolezzi (2012), trasciende el contenido semántico de la norma mediante la comprensión global de la experiencia jurídica, que es la conjugación dialéctica del fenómeno social, el valor y la norma positiva.

En efecto, Guerra (2015) expone que si esta grave limitación de orden formativo es negativa para el ejercicio profesional de la defensa, lo es más aún para los abogados que ejercen la función jurisdiccional, siendo la mejor forma para detectar las deficiencias formativas y conceptuales del juez, el examen de la parte considerativa de sus resoluciones, que reflejan su saber doctrinario, y los principios y la estimativa jurídica en las que fundan sus decisiones.

Además, es conocido que en una proporción significativa las sentencias, aún en las instancias más elevadas, se reducen a citar o parafrasear la norma aplicable al caso concreto; son, en consecuencia, jueces aplicadores y no creadores del derecho, labor que supone necesariamente una actividad distinta consistente en conjugar principios, valores y saber jurídico (doctrina y realidad social) para transformar la norma abstracta en una norma individual y concreta, destinada a resolver una situación conflictiva mediante una decisión en la que prevalezca la razón, la proporción y la equidad sobre la deducción jurídica formalmente impecable, aséptica e impoluta, pero desprovista de sensibilidad que la legitime socialmente (Bonorino, 2010).

Por supuesto, no se es partidario de la aplicación mecánica de la ley en la que el magistrado, utilizando una plantilla o modelo de resolución, aplica el mismo formato con el mismo tenor e idéntica solución a todos los casos en los que se discute la misma pretensión jurídica, variando tan solo los datos personales, las fechas y la numeración de los folios que aparecen en la pantalla de la computadora (García, 2013). Este es el indicador más evidente de que en la solución de las controversias prevalece el formalismo legal, en su versión estandarizada.

Esta conocida práctica judicial parte del supuesto de la existencia de casos fáciles y casos difíciles de resolver. Según este criterio, un caso fácil se presenta cuando el supuesto de hecho concreto ingresa en el "núcleo de significados" de la norma y es, por tanto, evidente que ella se aplique; en cambio, se considera el caso difícil cuando el supuesto de hecho se encuentra "en el área de penumbra" de la norma y, por tanto, no es evidente si ella deba o no aplicarse (Pásara, 2010). En la primera hipótesis, la solución es sencilla porque los fundamentos factuales invocados y probados en el proceso encajan perfectamente en la descripción normativa; en la segunda hipótesis no existe la adecuación perfecta del hecho con la norma, en consecuencia, el caso debe decidirse con base en la opción interpretativa que adopte el juez.

También la visión unidimensional del Derecho que recurre exclusivamente para resolver la litis, a la norma contenida en la legislación, representa una concepción reductora del Derecho al ámbito del denominado formalismo jurídico, que pretende encapsularlo en la pura abstracción, como si fuera una "ciencia descarnada, vacía de contenido vital y axiológico" (Fernández, 2008, p. 28), cuando el derecho es cultura, vida social valiosamente regulada y comprende, como afirma el jusfilósofo peruano citado, tres dimensiones: sociológica-existencial, formal-normativa y axiológica-valorativa. Para efectos de ilustrar el estudio jurídico con casos tomados de la experiencia judicial analizaremos la parte considerativa de las sentencias dictadas por la Corte Superior de Justicia de Pasco, en el periodo actual.

El propósito general del presente estudio es determinar la influencia de la fundamentación doctrinaria y axiológica de las sentencias penales para la interpretación y aplicación del derecho penal en la Corte Superior de Justicia de Pasco.

Metodología

La presente investigación es de tipo descriptiva, ya que según Hernández *et al.* (2018), en la misma se busca especificar las propiedades, las características y los perfiles de personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno que sea sometido a análisis. En consecuencia, el estudio es descriptivo porque se especifican las propiedades de las variables fundamentación doctrinaria y axiológica de la sentencia en derecho penal.

Por otra parte, su diseño es de campo, ya que se determina la fundamentación doctrinaria y axiológica de la sentencia penal y su aplicación del Derecho en la Corte Superior de Justicia de Pasco, Perú.

En ese sentido, la población estuvo conformada por 250 abogados litigantes en los juzgados penales de la Corte Superior de Pasco durante el año judicial 2019. Se asumió el muestreo no probabilístico por conveniencia, atendiendo la demanda (Tamayo, 2014). Así, la muestra quedó constituida por 48 abogados.

Para la recolección de datos se utilizó la técnica de la encuesta con un cuestionario como instrumento, el cual fue validado, y se determinó su confiabilidad obteniendo un coeficiente de Alfa de Cronbach igual a 0,87, conformado por 22 ítems con escala tipo Likert en sus alternativas de respuestas: siempre, casi siempre, a veces, casi nunca, nunca, con códigos de 4, 3, 2, 1, 0, respectivamente. En el estudio y los comentarios de las derivaciones se empleará el esquema descriptivo.

Resultados y discusión

A continuación, se detallan los resultados de la aplicación del cuestionario, con sus respectivas discusiones, atendiendo a cada una de las interrogantes. Los datos se presentarán en figuras, con descripciones e interpretaciones.

En la figura 7.1 se muestran los resultados de la siguiente pregunta: ¿según su opinión, cuál es la fuente generadora de los derechos fundamentales en nuestro sistema jurídico político? Es evidente que para la mayoría de los encuestados (86 %) la fuente generadora de los derechos fundamentales radica en la dignidad consustancial inherente a la condición humana, como ser ontológicamente superior, libre, estimativo, proyectivo, incondicionado, creativo, centro y eje del Derecho. Para el 10 % de los encuestados, en cambio, el origen de la doctrina de los humanos reside en la aspiración de

igualdad económica, y para el 04 % en la libertad política que garantiza la participación del pueblo en la conducción del Estado.

La posición mayoritaria concuerda con las posiciones jusfilosóficas asumidas por la tendencia dominante en la doctrina contemporánea, que considera a la persona humana como el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1 de la Constitución Política), teoría que fundamenta el sistema jurídico y político de los dos últimos textos constitucionales del siglo XX, que han recibido la influencia de la doctrina neoconstitucionalista y la teoría de los derechos humanos o fundamentales.

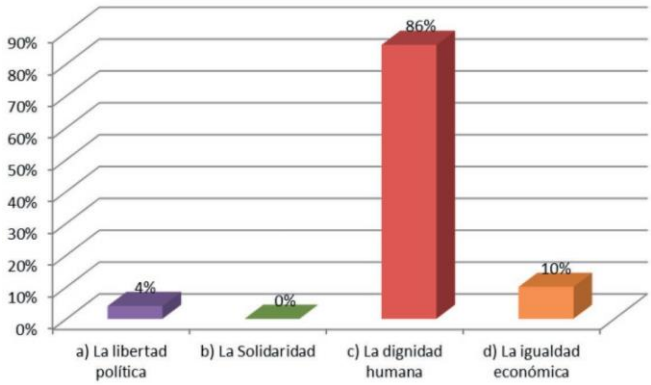


Figura 7.1 ¿Según su opinión, cuál es la fuente generadora de los derechos fundamentales en nuestro sistema jurídico político?

Fuente: elaboración propia.

En la figura 7.2 se presentan los resultados de la pregunta ¿considera que la mayoría de los jueces penales aplican los criterios *pro homine* y *favor libertatis* en la interpretación de los derechos de los procesados? En este caso, la alternativa "frecuente" captó la preferencia del 70 % de los encuestados, quienes consideran que los jueces penales aplican casi siempre, al fundamentar sus resoluciones, los criterios *pro homine* y *favor libertatis*. La segunda opción le correspondió a la alternativa "moderada" con el 18 % de las preferencias.

La elección mayoritaria de la alternativa "frecuente" confirma lo expuesto por Aguiló (2004), y explica por qué vivimos en una época signada por la supremacía de la Constitución y por el carácter absoluto del principio

de dignidad del ser humano, que vincula a los magistrados para resolver los casos sometidos a su jurisdicción "desde" y "conforme" con la Constitución y el paradigma de los derechos fundamentales, teniendo como procedente vinculante las resoluciones del Tribunal Constitucional, que así lo establecen, cuando aplican a los casos concretos que conocen los principios *pro homine* y *favor libertatis*, vinculados a la fundamentación de los derechos constitucionales o fundamentales, en sede judicial penal. Si se suman los porcentajes obtenidos por ambas alternativas se eleva la aceptación, alcanzando el consenso un significativo 88 % del total de los letrados encuestados.

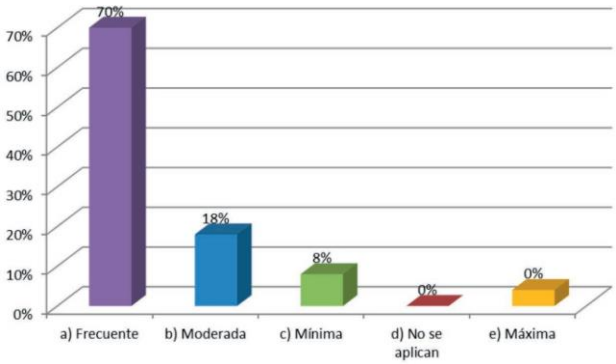


Figura 7.2 ¿Considera que la mayoría de los jueces penales aplican los criterios *pro homine* y *favor libertatis* en la interpretación de los derechos de los procesados?

Fuente: elaboración propia.

En la figura 7.3 se muestran los porcentajes de la pregunta: ¿según su opinión, cuál es la doctrina más favorable para la protección de la dignidad de la persona en el derecho penal contemporáneo?

La alternativa con mayor preferencia por parte de los encuestados es que la doctrina del "derecho penal garantista" es la tendencia más favorable para la defensa de la dignidad de la persona, que obtuvo el 88 % de respaldo, y muestra la notable influencia de la teoría de los derechos fundamentales en el derecho penal mínimo garantista, que protege mejor la libertad, la igualdad y los derechos y las garantías materiales y procesales de la persona. La opción que alcanzó el 12 % de los encuestados fue la alternativa "derecho penal simbólico", que corresponde a un derecho declarativo, sin aplicación real y efectiva.

La preferencia se sustenta en que el derecho penal garantista asume los postulados del derecho penal minimalista o de mínima intervención, que asigna al *ius puniendi* una función subsidiaria, de última y extrema *ratio*, en el control social formal, en un Estado democrático de derecho, confirmando los planteamientos de Landa (2010).

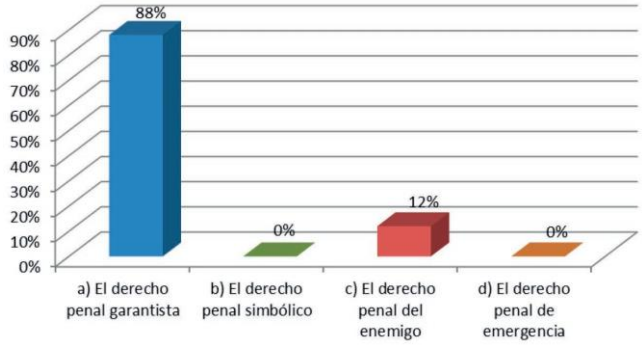


Figura 7.3 ¿Según su opinión, cuál es la doctrina más favorable para la protección de la dignidad de la persona en el derecho penal contemporáneo?

Fuente: Elaboración propia.

En la figura 7.4 se presentan los resultados de la interrogante: ¿cuál es, según su criterio, la característica que debe tener la sanción penal para ser justa? El 81 % escogió la alternativa "proporcional". Esta opinión es importante porque los encuestados estiman que una sanción proporcional respeta la dignidad de la persona, ya que está vinculada al valor justicia, que sirve de fundamento a la teoría internacional de los derechos humanos, a posiciones garantistas del derecho penal y a la teoría neoconstitucionalista, que afirma la defensa de los derechos fundamentales, amenazados por el rigor del *ius puniendi*.

La segunda opción la obtuvo la alternativa "drástica", con tan solo el 10 % de aceptación, y estima que la sanción penal justa es la sanción drástica, opinión minoritaria similar a la que sostienen los partidarios de penas neotalionales, partidarios de la venganza social y por tanto ajenos a la función preventiva, protectora y resocializadora que el Código Penal vigente le asigna a la pena en el artículo IX del Título Preliminar.

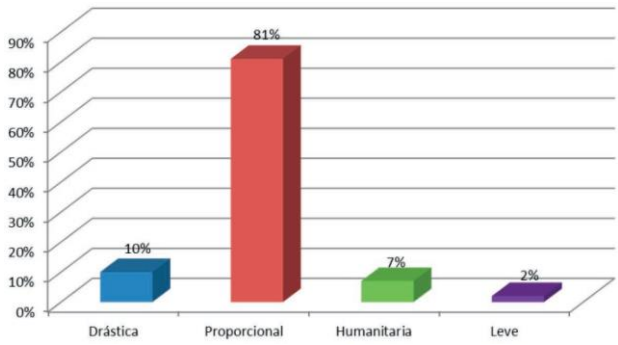


Figura 7.4 ¿Cuál es, según su criterio, la característica que debe tener la sanción penal para ser justa?

Fuente: elaboración propia.

En la figura 7.5 se muestran los porcentajes relacionados con la pregunta ¿según su experiencia profesional, piensa que en la justicia penal se respeta la consideración de la persona como fin supremo de la sociedad y del Estado? Los resultados obtenidos demuestran que existe en la actualidad una tendencia a revalorar a la persona como el centro y eje del Derecho, considerada como el fin supremo de la sociedad y el Estado, principio de fundamental importancia consagrado en el artículo inicial del texto constitucional, por lo cual los derechos se interpretan y aplican conforme a los criterios *pro homine* y *favor libertatis*, para optimizar la defensa de la dignidad de la persona, en especial, en el ámbito de la justicia penal, que por su enérgica injerencia en los bienes jurídicos del procesado podrían afectar los derechos fundamentales de los ciudadanos sometidos al *ius puniendi* estatal.

La mayoría de los letrados considera que alcanza al 67 % de las preferencias, que en la actualidad la persona tiene mayor protección jurídica, no solo en el derecho interno, sino también por el acceso a la jurisdicción internacional, en virtud de una serie de tratados, convenios y declaraciones, entre otros, que contribuyen a blindar su protección.

La posición minoritaria que sostiene la tesis negativa congregó al 33 % de los encuestados, quienes opinan que no se ha producido un cambio sustancial en la sociedad y que, por ende, no existe una variación significativa que permita apreciar, en la actualidad, que la persona es en realidad el fin supremo de la sociedad y del Estado.

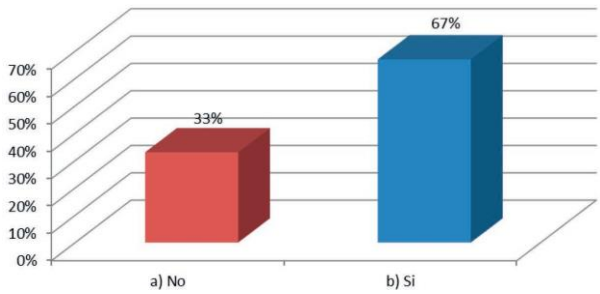


Figura 7.5 ¿Según su experiencia profesional, piensa que en la justicia penal se respeta la consideración de la persona como fin supremo de la sociedad y del Estado ?

Fuente: elaboración propia.

En la figura 7.6 se presentan los resultados de la siguiente interrogante: ¿considera que los derechos sustantivos y procesales constitucionalizados tienen aplicación efectiva en los procesos penales? Estos datos ofrecen, en forma categórica, la percepción de los colegas sobre la aplicación efectiva de los derechos sustantivos y procesales constitucionalizados en los procesos penales, a la que responden en forma afirmativa el 79 %; en forma negativa solo el 5 %; mientras que el 16 % considera que se aplican en forma infrecuente.

Es importante señalar que la opción afirmativa alcanza un elevado porcentaje del 79 %, porque en nuestra sociedad debemos consolidar el principio de igualdad, el respeto a la dignidad de la persona humana, para fortalecer el Estado democrático de derecho y forjar una sociedad inclusiva, que respeta las diferencias que generan el multilingüismo y la diversidad étnica y cultural de nuestra nación; solo así estará garantizado el respeto y cumplimiento de los derechos fundamentales.

Estos resultados refuerzan nuestra posición respecto a la importancia de la dignidad de la persona y la vigencia real de los derechos y las garantías del debido proceso, que constituyen, según la doctrina penal garantista, los parámetros dentro de los cuales el Estado debe ejercer el *ius puniendi* en las democráticas del siglo XXI.

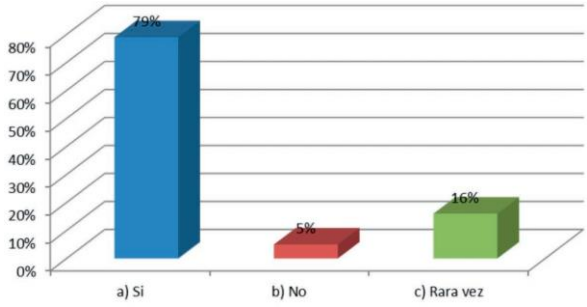


Figura 7.6 ¿Considera que los derechos sustantivos y procesales constitucionalizados tienen aplicación efectiva en los procesos penales?

Fuente: elaboración propia.

En la figura 7.7 se muestran los resultados de la pregunta: ¿según su criterio, cuál ha sido la función real de la pena en nuestro ordenamiento jurídico penal? Con respecto a la función real de la pena, los letrados optaron en forma masiva por la alternativa "retributiva", asumiendo que la pena ha cumplido casi exclusivamente una función retributiva, vale decir, una función intimidante, influida por la teoría de la prevención general negativa y la teoría del derecho penal maximalista propio de la legislación penal de emergencia. Las otras alternativas que postulan posiciones distintas obtuvieron porcentajes diminutos; así, la alternativa "resocializadora" congregó al 8 %, de los encuestados, y con menor porcentaje la siguieron la alternativa "preventiva" de la pena con el 6 % y la alternativa "protectora" de pena, que obtuvo el 5 % de apoyo.

En realidad, se tiene un nivel insuficiente de desarrollo democrático y una cultura penal autoritaria, que corrobora los planteamientos de Bonorino (2010) y favorece una concepción eminentemente represiva de la función penal, que incluso se aplica para resolver problemas de conflictividad social, en los que no corresponde recurrir, en primera instancia, al derecho penal, no solo por la violencia implícita propia del *ius puniendi*, sino porque le concierne a otros sectores de la actividad del Estado la solución de los conflictos que, por lo general, son de carácter económico y social y ajenos a la agenda del derecho penal.

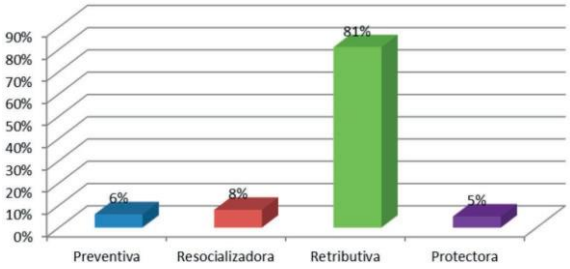


Figura 7.7 ¿Según su criterio, cuál ha sido la función real de la pena en nuestro ordenamiento jurídico penal?

Fuente: elaboración propia.

En la figura 7.8 se presentan los resultados de la siguiente interrogante: ¿según su opinión, cuál es el nivel de importancia que tiene la fundamentación doctrinaria y axiológica de las sentencias penales en la interpretación y aplicación del Derecho en la Corte Superior de Justicia de Pasco? Las respuestas obtenidas por los colegas encuestados indican la percepción favorable que tienen sobre la importancia de la fundamentación doctrinaria y axiológica de las sentencias penales en la Corte Superior de Justicia de Pasco, posición asumida por el 62 % de los letrados.

Estos resultados confirman lo planteado por Rojas y Salomón (2015) sobre la tendencia generalizada, a nivel nacional, de la influencia de la doctrina penal garantista, y de la teoría internacional de los derechos humanos en la formación académica especializada de los magistrados, a través de estudios de posgrado, diplomados y cursos de capacitación y perfeccionamiento promovidos por la Academia de la Magistratura, entre otras, para superar los retos de la posmodernidad, la globalización y la política criminal neorretribucionista, promoviendo el paradigma del respeto a la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales.

La percepción de la importancia de la fundamentación doctrinaria y axiológica de las sentencias es significativa, pues fue asumida por la mayoría de los encuestados, que estiman que su nivel es “alto”; los partidarios de la alternativa “bajo” fueron el 15 % del total de letrados consultados, y, finalmente, los letrados que optaron por una posición intermedia marcaron la alternativa “medio”, que obtuvo el 23 % de aceptación y representa la tercera parte de los votos alcanzados por la posición mayoritaria.

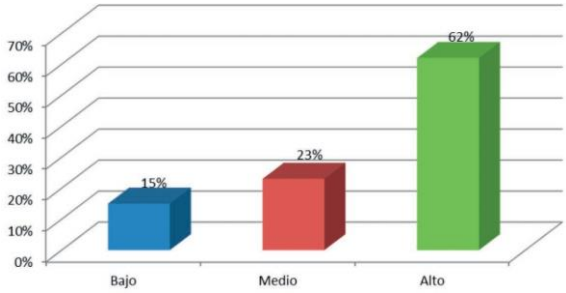


Figura 7.8 ¿Según su opinión, cuál es la importancia que tiene la fundamentación doctrinaria y axiológica de las sentencias penales en la interpretación y aplicación del Derecho en la Corte Superior de Justicia de Pasco?

Fuente: elaboración propia.

En la figura 7.9 se presentan los resultados de la siguiente interrogante: ¿considera, según su experiencia profesional, que en la función jurisdiccional prevalece la concepción deductiva positivista en la aplicación de la sanción penal? Para la mayoría de los abogados consultados que marcaron la alternativa "no", que representan el 65 % de los letrados que participaron en la encuesta, el paradigma positivista expresado en el modelo silogístico aplicado en el derecho penal ha sido superado por la doctrina de la supremacía de la Constitución y, por consiguiente, por el rol preponderante de los valores, principios y fines de la Carta Política, en su condición de norma rectora y fundante del orden jurídico y político, y de la consideración de la persona como fin supremo de la sociedad y el Estado, consagrado en la norma de apertura de la Constitución.

En la época de la teoría del derecho penal mínimo y garantista en el Estado social y democrático de derecho, la norma penal se interpreta "desde" y "conforme" con la Constitución, para optimizar el ejercicio de los derechos fundamentales y en particular de los derechos constitucionales del procesado, para proteger su derecho a la libertad, ante la pretensión punitiva del Estado, garantizando el respeto a la presunción de inocencia, el *indubio pro reo*, el derecho a no autoinculparse, a la imputación concreta y precisa de los cargos que se le atribuyen y al debido proceso legal o justo; es decir, por encima de las normas penales ordinarias prevalece la superlegalidad, constituida por los principios, los valores y las garantías de la Constitución democrática. Con un porcentaje menor del 35 % quedó relegada la alterna-

tiva "sí", en la que se agrupan los partidarios que sostienen la concepción deductivista, derivada de la formación tradicional de los magistrados, centrada en el respeto a la norma positiva y al rol secundario del juez en la interpretación del texto expreso, estricto y claro de la ley.

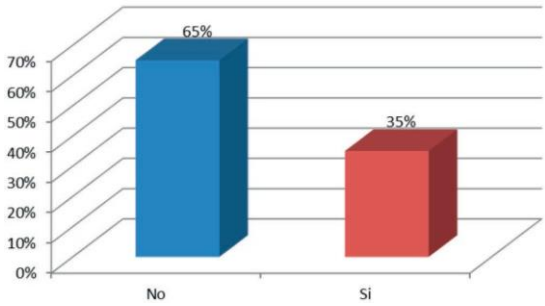


Figura 7.9 ¿Considera, según su experiencia profesional, que en la función jurisdiccional prevalece la concepción deductiva positivista en la aplicación de la sanción penal?

Fuente: elaboración propia.

En la figura 7.10 se presentan los resultados de la pregunta: ¿estima beneficiosa la formación humanista, científica y especializada de los magistrados en la promoción del respeto a la dignidad y los derechos de las partes en el proceso penal? La posición que logró la mayor aceptación entre los encuestados fue la alternativa "sí", con el 77 % de preferencias, posición que revela la necesidad de una formación profesional de más alto nivel académico, científico, humanista y especializado para desempeñar la función jurisdiccional, que promueva el respeto a la dignidad y los derechos de las partes en el proceso penal, con mayor énfasis en nuestra época en la que la Constitución es a la norma vinculante y programa político destinado a diseñar la sociedad democrática inclusiva.

En ese sentido, se corrobora lo planteado por Rubio (2013), quien dice que la condición de norma rectora del sistema de fuentes del ordenamiento democrático contemporáneo debe garantizar el respeto a los derechos procesales de las partes, es decir, al agente y la víctima, asegurando que se cumplan las normas del debido proceso para asegurar un trato igualitario y una solución justa, oportuna, predecible y con la menor afectación a los derechos de las personas involucradas en el drama penal.

Con un porcentaje que representa a la tercera parte de los abogados participantes, figuran los partidarios de la alternativa “no”, quienes piensan que en la actualidad la formación humanista, científica y especializada es todavía una aspiración o una meta para alcanzar, pues de lo contrario las encuestas de opinión sobre el poder judicial serían más favorables.

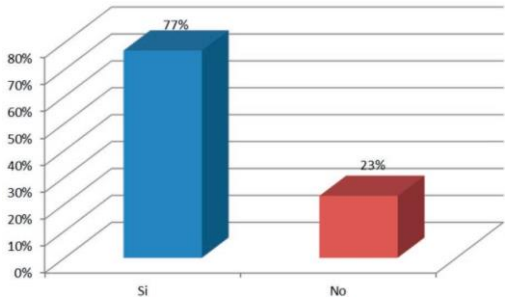


Figura 7.10 ¿Estima beneficiosa la formación humanista, científica y especializada de los magistrados en la promoción del respeto a la dignidad y los derechos de las partes en el proceso penal?

Fuente: elaboración propia.

Cabe señalar que estos resultados sostienen que la fundamentación doctrinaria y axiológica de las sentencias penales resulta indispensable para ejercer la función jurisdiccional en la época de la posmodernidad, la globalización, el neoconstitucionalismo y el derecho penal democrático y garantista, porque vivimos en un mundo nuevo, distinto a la sociedad moderna donde imperó el paradigma positivista y la primacía de la norma jurídica penal, que han sido superados porque ahora rigen los valores y principios de la Constitución, que prevalecen sobre las normas técnicas de los códigos, pues estos han sido desplazados por la persona como eje en el Derecho, y la ley ha cedido su lugar a la legalidad del texto constitucional.

Es importante resaltar que las reglas sobre la interpretación del Derecho que rigieron durante la modernidad resultan inaplicables para la hermenéutica constitucional, pues los criterios de Aleinikoff (2010) para interpretar las normas jurídicas fueron diseñados para descubrir el significado de las normas técnicas de nivel ordinario, que se basan en el proceso de subsunción característico del modelo positivista, que utilizó como criterio interpretativo básico la inferencia.

En la actualidad, ese método resulta inadecuado para interpretar y aplicar valores y principios que carecen de referentes fácticos, pues son conceptos indeterminados con un alto grado de abstracción y generalidad; el método hermenéutico que se emplea en el caso de conflictos entre principios es el de la ponderación o comparación, no para descartar a uno y optar por el otro, de manera general, sino para que en determinada circunstancia se pueda preferir su aplicación en un caso concreto (Lifante, 2010). Según la doctrina, en realidad no existen conflictos entre principios, sino entre intereses o pretensiones entre las partes.

Los resultados obtenidos en la investigación demuestran la coherencia entre las bases teóricas que sirven de fundamentación al sistema de hipótesis, que a su vez determina la necesidad de la fundamentación doctrinaria y axiológica de las sentencias penales, que exige como condición necesaria la formación científica, humanista y especializada de los magistrados para el ejercicio idóneo de la función jurisdiccional en la sociedad abierta plural y democrática del siglo XXI.

En ese orden de ideas, conforme al principio de supremacía constitucional y el mandato constitucional vinculante, que declara que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, la persona no puede ser un medio u objeto al servicio de un interés ajeno a ella, por muy importante que pudiera ser, porque el Derecho está al servicio de la persona y no al revés, porque su razón de ser es promover las condiciones para controlar que en el ejercicio de la función penal el Estado respete los derechos y las garantías del procesado.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que el derecho penal no se debe interpretar ni aplicar al margen de la Constitución, pues toda norma jurídica debe ser entendida desde esta, en aplicación del principio de supremacía de la carta política, ya que la intensidad de la intervención penal suele vulnerar, o poner en peligro, bienes jurídicos de la máxima jerarquía, vale decir, de derechos esenciales de la persona.

En fin, resulta antiético que un Estado, que define en la norma de apertura de la Constitución que la persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado, utilice en forma exclusiva, para determinar la responsabilidad penal del acusado, la sentencia o el método deductivo inferencial, cuando en la era de la supremacía de la Constitución el sistema jurídico se interpreta conforme a los valores, principios y fines de la ley suprema.

Conclusiones

La dignidad es la cualidad ontológica de la persona que la distingue como ser superior racional, libre, consciente de sí misma, de su finitud y su grandeza, capaz de valorar, optar, decidir y, por consiguiente, asumir la responsabilidad de sus actos, afirmándose que es el único ser que no tiene precio porque no tiene equivalente. La dignidad inherente a su condición humana no se pierde, disminuye ni enajena, por acto u omisión, porque constituye un principio incondicionado y absoluto de la persona ontológicamente vinculado a su condición humana, razón por la cual no debe ser instrumentalizado, como ocurre cuando el reo se utiliza como un medio para amedrentar a la población al aplicarle una pena "ejemplarizadora" (draconiana, injusta o desproporcionada).

La motivación escrita de las resoluciones judiciales es un principio de la función jurisdiccional que garantiza la racionalidad, coherencia y logicidad del razonamiento jurídico y fáctico que justifica la decisión judicial, obligando al magistrado a fundamentar, conforme al Derecho, sus resoluciones, mediante las cuales ejerce el control posterior sobre ellas, dentro y fuera del proceso, por las partes, la opinión pública y los magistrados superiores al conocer en apelación la resolución impugnada, evalúan la calidad de las sentencias, la preparación e idoneidad del magistrado y la eficiencia del poder judicial.

Además, el ejercicio del *ius puniendi* no es una actividad ilimitada, incontrolada o discrecional, sino que está sujeto a límites constitucionales para asegurar el respeto a los derechos y garantías del procesado y prevenir el abuso de poder. Su reconocimiento y observancia tienen relevancia para la correcta actuación de las agencias de control del sistema penal. Sus restricciones tienen su fuente de origen en la dignidad del ser humano y el carácter fragmentario, subsidiario, de última *ratio* del derecho penal y de la prevalencia de la Constitución como norma suprema y fundante del orden jurídico y político en el Estado democrático de derecho, que tiene la obligación de someter el ejercicio del poder punitivo del Estado a la normatividad constitucional, para minimizar la violencia intrínseca del sistema penal, maximizando la libertad y la seguridad de la ciudadanía.

Por otra parte, para un sector de la doctrina el Derecho es una disciplina eminentemente hermenéutica, de tal trascendencia que las normas jurídicas, en particular las de nivel constitucional, no tienen un significado propio contenido en la fórmula lingüística del texto normativo, por ende, no

hay ningún significado que sea necesario "descubrir"; la tarea interpretativa no consiste en lo fundamental en un acto de cognición (o descubrimiento de un significado intrínseco contenido en la norma), sino en un acto de voluntarismo decisionista mediante el cual el intérprete le asigna o atribuye un significado al enunciado normativo. Así entonces, las normas jurídicas no preexisten a la interpretación, sino que son su resultado, por tanto, la actividad hermenéutica implica una elección entre varias alternativas válidas posibles, tratándose, en consecuencia, de establecer el significado más adecuado para la actuación de los derechos fundamentales de la persona.

Así mismo, el ordenamiento jurídico penal está enmarcado dentro de una concepción ideopolítica y filosófica porque existe una inescindible relación entre el derecho penal y los valores de una sociedad plural y democrática, que se hacen evidentes en la argumentación jurídica al motivar o justificar la sentencia penal, en especial cuando se trata de principios y derechos que requieren analizarse desde una perspectiva jusfilosófica por sus implicancias metajurídicas y axiológicas, por ejemplo, la dignidad del ser humano, el derecho fundamental a la libertad, el derecho penal humanitario, la legitimidad del derecho penal en una sociedad democrática, el respeto a los derechos fundamentales de la persona, entre otros.

También, la concepción formalista tradicional que privilegia el aspecto lógico deductivo en la aplicación del derecho penal sobre la necesaria fundamentación doctrinaria, principialista y axiológica que debe tener el razonamiento judicial para fundamentar o justificar el ejercicio del *ius puniendi*, en la época de la constitucionalización del orden jurídico y la vigencia de los derechos fundamentales de la persona, constituye, en la actualidad, los criterios de valoración del sistema penal y de control de la función punitiva del Estado, conforme se ha demostrado en la ejecución de la tesis.

Por último, los aspirantes a magistrados deben tener vocación por su profesión, demostrando espíritu de superación e independencia de criterio, liderazgo y compromiso con la satisfacción de la necesidad humana de justicia de la sociedad peruana, el respeto a la dignidad y los derechos y las garantías constitucionales de los procesados, que sirven de sustento a una cultura judicial que proponga el nuevo perfil del magistrado en una sociedad abierta, plural, inclusiva y democrática, que exige de la judicatura una formación humanista, científica, especializada, que promueva la interpretación creativa de las normas y la capacidad para razonar y decidir con independencia y sentido ético su misión, que redundará en beneficio de un sistema judicial eficaz, predecible, transparente y confiable, elevando el nivel de confianza de la población en sus magistrados.

Conflicto de intereses

No existe conflicto de intereses.

Referencias

Aguiló, J. (2004). *La constitución del estado constitucional*. Palestra Editores.

Aleinikoff, A. (2010). *El Derecho constitucional en la era de la ponderación*. Palestra Editores.

Bonorino, P. (Ed.). (2010). *El Derecho en acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del Derecho*. Ara Editores.

Fernández, C. (2008). *El Derecho como libertad*. Ara Editores.

García, V. (2013). *Los derechos fundamentales. Arequipa-Perú*. Editorial Adrus.

Guerra, V. (2015). Ontología y axiología jurídica para la igualdad. Fundamentos de un programa curricular de estudios jurídicos. En R. Jiménez, M. Almirón y S. López (Comps.), *Transversalización de la perspectiva de género en los proyectos curriculares de la enseñanza del Derecho* (p. 51). Fundación Justicia y Derecho.

Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, P. (2018). *Metodología de la investigación*. McGraw Hill.

Lagos, A. y Flores, C. (2017). *La fundamentación de la sentencia penal y sus implicaciones en el marco de la protección de los derechos y libertades fundamentales* [Tesis doctoral], Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador.

Landa, C. (2010). *Los procesos constitucionales en la jurisprudencia constitucional*. Palestra Editores.

Lifante, Y. (2010). *Interpretación jurídica y teoría del Derecho*. Palestra Editores.

Llumpo, A. (2012). *La punibilidad de la tentativa en las sentencias penales del juzgado especializado en lo penal de Bolognesi, período 2006-2008*. Ara Editores.

Pásara, L. (2010). *Tres claves de la justicia en el Perú*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Pavajeau, C. (2018). *El principio de la antijuridicidad material. Fundamentos constitucionales, doctrinales y jurisprudenciaies*. Universidad Externado de Colombia.

Rojas, H. y Salomón, G. (2015). *Calidad de las sentencias judiciales emitidas por los juzgados penales de primera instancia en el Distrito Judicial de Ayacucho* [Tesis doctoral]. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.

Rubio, M. (2013). *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Tamayo, M. (2014). *El proceso de la investigación científica*. Editorial Limusa.

Zolezzi, L. (2012). *Derecho en contexto*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Revista *Ratio Juris* Vol. 18 N.º 36, 2023, DOI: 10.24142/raju, pp. 169-194 © UNAULA

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA Y LOS MEGAPROYECTOS EN MÉXICO: EL PAPEL DE LOS JUECES FRENTE A LA MOVILIZACIÓN LEGAL CONTRA EL TREN MAYA*

JUDICIALIZATION OF POLITICS AND MEGAPROJECTS IN MEXICO: THE ROLE OF JUDGES AGAINST THE LEGAL MOBILIZATION AGAINST THE MAYA TRAIN

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E MEGAPROJETOS NO MÉXICO: O PAPEL DOS JUÍZES NA MOBILIZAÇÃO JURÍDICA CONTRA O TREM MAYA

DAVID ÁNGEL BONILLA-PADILLA**

Recibido: 27 de noviembre de 2022 - Aceptado: 13 de marzo de 2023 -
Publicado: 23 de mayo de 2023
DOI: 10.24142/raju.v18n36a9

* Este artículo es parte del proyecto de investigación posdoctoral del autor, titulado "Megaproyectos y movimientos socioambientales en el México de la Cuarta Transformación: el uso del Derecho en el movimiento opositor al Tren Maya", del área de Derechos Humanos y de la línea de investigación Derechos sociales, no discriminación y conflictos socioambientales. Asesorado por el doctor Rodrigo Gutiérrez Rivas. Investigación financiada por la Coordinación de Humanidades, Universidad Nacional Autónoma de México.

** Doctor en Ciencias Políticas y Sociales, posgrado en Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM, maestro en Estudios Latinoamericanos, posgrado en Estudios Latinoamericanos de la UNAM y licenciado en Sociología por la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM; investigador posdoctoral en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, área de Derechos Humanos. Correo electrónico: dav_b_p@yahoo.com

Resumen

En este trabajo se analiza el papel de los jueces de los juzgados de distrito y tribunales de circuito en las resoluciones de los juicios de amparo presentados por grupos opositores al megaproyecto Tren Maya, en la península de Yucatán, México, para lo cual se repasa brevemente la literatura sobre judicialización de la política y rendición de cuentas y se analiza la manera como la judicialización puede constituirse en una forma de control social de los poderes Ejecutivo y Legislativo y del propio Poder Judicial; en un segundo momento, se define el proceso de ampliación de la judicatura, en tanto elemento analítico que coadyuva a caracterizar el sentido de las sentencias en los juicios promovidos contra dicho megaproyecto, para, finalmente, analizar los argumentos de los jueces en dichas sentencias y dilucidar qué tanto se atendieron las peticiones de protección legal de los comuneros movilizados contra el Tren Maya.

Palabras clave: judicialización de la política, megaproyectos, jueces, Tren Maya.

Abstract

This paper analyzes the role of the judges of the district courts and circuit courts in the resolutions of the amparo lawsuits presented by groups opposed to the Maya Train megaproject in the Yucatan Peninsula, Mexico, for which it briefly reviews the literature on the judicialization of politics and accountability, analyzing the way in which judicialization can become a form of social control of the Executive and Legislative powers and of the Judiciary itself; in a second moment, we defined the process of enlarging the judiciary as analytical element that helps to characterize the meaning of the sentences in the trials promoted against said megaproject, to finally analyze the arguments of the judges in said sentences and elucidate to what extent the requests for legal protection of the community members mobilized against the Maya Train were processed.

Key Words: Judicialization of politics, megaprojects, judges, Maya Train.

Resumo

Este artigo analisa o papel dos juízes dos tribunais distritais e dos tribunais distritais nas resoluções dos procedimentos de amparo apresentados por grupos contrários ao megaprojeto Trem Maya na península de Yucatán, México, para os quais a literatura sobre judicialização da política e prestação de contas e analisa-se a forma como a judicialização pode se tornar uma forma de controle social dos poderes Executivo e Legislativo e do próprio Judiciário; num segundo momento, define-se o processo de expansão do judiciário, como elemento analítico que ajuda a caracterizar o sentido das sentenças nas ações movidas contra o referido megaprojeto, para, por fim, analisar os argumentos dos desembargadores nas referidas sentenças e elucidar em que medida foram atendidas as petições de proteção jurídica dos comunitários mobilizados contra o Trem Maya.

Palavras-chave: Judicialização da política, megaprojetos, juízes, Trem Maya.

Introducción

En este artículo se analiza el papel de los jueces de distrito y de tribunales colegiados ante los recursos legales presentados por los grupos opositores al Tren Maya, identificando los argumentos utilizados en las resoluciones emitidas ante las demandas presentadas por los mismos, en un contexto general de judicialización de la política en América Latina y de movilizaciones socio-legales en la región;[1] asimismo, se estudia el activismo de los jueces involucrados en el caso, analizando las decisiones que han tomado y el criterio utilizado (activista o no) ante los recursos legales (amparos) promovidos por los grupos opositores. Esta problemática se contextualiza a su vez en la llamada *ampliación de la judicatura*, que implica una posición cada vez más activista de los jueces, diferenciándose en la misma el activismo judicial de la judicialización de la política[2] y reflexionando sobre si esta judicialización puede contribuir al establecimiento de mecanismos de rendición de cuentas de los poderes constitucionales; al respecto, se explican las características que ha tenido el Poder Judicial mexicano en tanto órgano que contribuya al establecimiento de estos mecanismos con relación a los otros poderes, así como las características que deben tener las sentencias judiciales para ser calificadas como "activistas". A partir de esto, se exponen los argumentos en los que los juzgadores del caso analizado —Tren Maya— han basado sus resoluciones, identificando en qué medida se atendieron las solicitudes de protección legal de los grupos afectados por este megaproyecto.

Judicialización de la política: elementos de análisis

En este apartado se define la judicialización de la política, la cual se entiende en términos generales como la participación cada vez mayor de los jueces en los asuntos públicos y respecto a su incidencia en la elaboración de las políticas públicas, además de relacionarse con la capacidad de los regímenes políticos de garantizar las promesas de derechos, así como el debido

1 Estas se refieren al proceso por el cual actores individuales o colectivos evocan normas legales, discursos o símbolos para influir en la política, la cultura o la conducta (Vanhala, 2011); asimismo, Lehoucq y Taylor (2019) plantean la necesidad de un uso sistemático y coherente del término movilización legal, la cual definen como el uso explícito y de manera consciente de la ley por diversos actores (no solo los movimientos sociales) a través de mecanismos institucionales.

2 En tanto la última comprehende la asignación de atribuciones de control sobre los otros poderes federales al Poder Judicial.

proceso y la rendición de cuentas (Sieder *et al.*, 2011, p. 18). Este fenómeno se relaciona igualmente con la importancia adquirida por la justicia constitucional, en la que, con distintos medios de defensa de la Constitución, se llega a decidir sobre aspectos torales para la sociedad (Barrera, 2012),[3] respecto a lo cual es importante referir la participación cada vez mayor del Poder Judicial en un terreno antes exclusivo de los otros poderes públicos, debido a que muchos derechos no son garantizados efectivamente por estos, lo que lleva al cuestionamiento sobre el balance adecuado entre los cuerpos elegidos democráticamente y aquellos en los que sus miembros son designados por los acuerdos tomados por los otros poderes (Sieder *et al.*, 2011, p. 18). En lo que atañe a los jueces, no siempre contribuyen al fortalecimiento de los derechos individuales y colectivos, pudiendo ser activos en la perpetuación del dominio de las élites en determinadas áreas geográficas de un país (Sieder *et al.*, 2011, p. 20), estos son, por otra parte, cada vez más influyentes en la elaboración de la política pública, fenómeno denominado la "ley hecha por los jueces" (Sieder *et al.*, 2011, p. 19).[4]

Cabe referir los dos niveles en los cuales se desenvuelve la judicialización de la política, a saber el *abstracto*, en el que se destaca la divulgación del contenido de las normas jurídicas, es decir, el proceso por el cual la ley "captura" al mundo social y crea un sistema legal-formal, y el nivel *concreto*, en donde predomina la expansión del poder de los jueces y las cortes en el ámbito social, implicando la limitación del poder en la administración pública, el poder legislativo u organismos autónomos reconocidos constitucionalmente por la importancia adquirida por los fallos sobre los alcances de la protección de derechos constitucionales o sobre los límites de los poderes legislativo o ejecutivo (Hirschl, 2018, p. 38);[5] otro aspecto importante de esta judicialización es la participación de las cortes en la "megapolítica", en la que se incluyen cuestiones que rebasan las funciones tradicionales de estas, tales como los procesos de construcción de nación y las luchas por la definición de la misma (Hirschl, 2018, p. 40).

3 Tales como la libertad de expresión, el derecho de asociarse y a formar partidos políticos, igualdad de derechos, los derechos políticos como derechos humanos, entre otros aspectos (Farrera, 2012, p. 174).

4 Contexto en el cual los jueces son requeridos para resolver disputas políticas y para participar en la revisión judicial de los procesos gubernamentales, a lo que se suma que la sociedad recurre cada vez más a mecanismos judiciales para defender sus derechos (Domingo, 2004).

5 Así, el primer nivel se refiere a la "juridificación de las relaciones sociales", y el segundo se manifiesta en la justicia procedimental y la imparcialidad del proceso legislativo (Hisrchl, 2018, p. 39).

Cabe señalar que para estudiar el fenómeno de la judicialización de la política se han destacado dos perspectivas: por una parte, la literatura sobre el *comportamiento judicial*, la cual se ha limitado al estudio de las dinámicas intrajudiciales y en relación con los factores institucionales, tales como la designación y los intereses de los jueces, y, por otra, la literatura sobre la *política judicial*, la cual se ha centrado en los factores externos a las cortes, como los procesos de movilización socio-legal, "revolución de derechos", así como la transformación de los conflictos sociales en disputas legales (Sieder *et al.*, 2011, p. 160), siendo esta segunda perspectiva más pertinente para abordar el objeto de estudio de esta investigación.

Judicialización de la política y rendición de cuentas

La judicialización de la política puede constituirse en un mecanismo efectivo de rendición de cuentas, el cual implica que los gobernantes cedan poder para formular las leyes, delegando esta facultad a los jueces, con lo que se activan los mecanismos de rendición de cuentas horizontales.[6] De este modo, al avanzar a una forma de control social de rendición de cuentas, esta puede lograr un control vertical no electoral de los otros poderes y apoyarse en estrategias de movilización para elevar el perfil de los jueces y tribunales, con lo que mejora el funcionamiento del Poder Judicial, dando como resultado que "se creen incentivos para un cumplimiento más cuidadoso de la función judicial por parte de los jueces" (Domingo, 2011, p. 43); si bien esta vigilancia social es importante, se requiere de una fuerte sensibilidad de los jueces para una mayor protección de los derechos y evitar que en determinadas circunstancias se pudieran afectar a los grupos sociales por las acciones gubernamentales, por lo que se espera que los jueces se hallen dispuestos a la toma de decisiones controversiales en temas políticos, así como en aspectos sociales y económicos (Domingo, 2011). Así, si se presentan fallos judiciales independientes de buena fe, se puede afirmar que se avanza hacia un Estado de derecho y a una mayor rendición de cuentas, ante lo cual los gobernantes adquieren una mayor legitimad política y, por añadidura, pueden gobernar por consenso (Domingo, 2011, p. 44).

6 En tal sentido, recordemos que el poder ejecutivo —en Latinoamérica—, dado su carácter delegativo, busca cumplir las responsabilidades amplias que considera le son exclusivas, por lo que ignora a otras instituciones que podrían ejercer control sobre sus decisiones (O'Donell, 1997, p. 17).

El activismo de los jueces: la transgresión de los límites

La noción de activismo judicial hace referencia a un tipo de comportamiento de los jueces caracterizado por el desbordamiento de los marcos fijados por el Derecho y la toma de decisiones judiciales, atendiendo a criterios que trascienden ese ámbito, a las circunstancias concretas en que se desarrollan los jueces y respecto a una serie de fines y valores que llevan a los mismos a tomar partido ante una problemática dada (Atienza, 2019), siendo una herramienta de análisis que permite describir situaciones en las que los jueces se comprometen con la protección de grupos sociales vulnerables, y en la actuación de estos llega a invadir las competencias de los otros poderes (Feoli, 2015). Esta noción surgió en el contexto de Estados Unidos en el siglo XX, en relación con una serie de casos en los que el máximo tribunal de dicho país tuvo que hacer frente a cuestiones polémicas relativas a la limitación o ampliación de prerrogativas de ciertos grupos sociales (Atienza, 2019; Maraniello, 2012),[7] refiriéndose desde entonces a las actuaciones judiciales que trascienden el formalismo del Derecho y que van más allá de lo que las interpretaciones estrictas de las normas permiten, incidiendo en la realidad social y generando cambios en ella. De este modo, cabe referir que en el Derecho anglosajón se plantea la dicotomía entre una ideología dinámica y una estática de la interpretación jurídica: la primera recomienda la adaptación del Derecho a las nuevas circunstancias sociales, culturales y políticas, mientras que la ideología estática se funda en valores tales como la estabilidad de la disciplina jurídica y la certeza del Derecho, derivándose de ello que "el activismo judicial es una clase de interpretación tendencialmente libre de todo vínculo textual que favorece la creación del derecho por parte de los jueces con el propósito de adaptar los contenidos constitucionales a las necesidades de la vida real" (Feoli, 2015, p. 4).

Condición importante en los procesos de judicialización de la política (Ramos, 2021), el activismo de los jueces puede referirse a dos dinámicas judiciales en las que, por una parte, los jueces llegan a ejercer control e influencia sobre el resto de poderes y, por otra, sus decisiones implican un reconocimiento de derechos, además de influir en las políticas públicas (Ramos, 2021), siendo importante diferenciar el activismo justo o razonable,

7 Los casos Lochner y Brown vs. Borrad of Education.

caracterizado por la ampliación de garantías procesales, la ampliación de derechos, la confrontación a los otros poderes que el establecimiento de sentencias como modelos sociales, del activismo injusto o irrazonable, sin fundamento axiológico, convalidador de los excesos del poder, cercenador de derechos y atentatorio de los caminos procesales (Maraniello, 2012). Por lo demás, existen diversos elementos o criterios orientativos para determinar si estamos ante casos de activismo judicial, a saber:

1. Contestación de los actos de los otros poderes. En este criterio se destaca que los jueces revierten, más allá de las razones jurídicas, los actos de los otros poderes, prevaleciendo la postura de la judicatura sobre los demás poderes, por lo que el activismo judicial implica el ejercicio del poder de revisión judicial de los tribunales, pudiendo derogar leyes sobre bases constitucionales (Feoli, 2015; Young, 2002).
2. Reconocimiento o expansión de derechos. En éste se señala la facultad de los jueces para establecer significados que no se encuentran en la literalidad de las normas jurídicas, asociando al activismo judicial con el reconocimiento o la expansión de derechos que no aparecen en la textualidad de los preceptos normativos.[8]
3. Uso de sentencias interpretativas. En este punto, las variaciones en las sentencias anteriores revelarían niveles de activismo, si es que delimitan los alcances de derechos u orientan políticas públicas desde un plano de autonomía con los demás órganos estatales.[9]
4. Definición de políticas públicas. En este, los jueces participan en la agenda de las políticas públicas que el Estado implementará con posterioridad.[10]

8 Lo cual se colige con el propio papel activo de la sociedad en la exigencia de la preservación y expansión de sus derechos (Epp, 1988).

9 Así, en lugar de hablar de fidelidad interpretativa (Courtis, 2005) a las normas, Feoli (2015) sugiere pensar en "sentencias interpretativas o modulares", siendo aquellas en las que un tribunal, al ejercer el control de constitucionalidad, modula los efectos de una disposición normativa, por lo que se trata de "sentencias en las que se declara una inconstitucionalidad, pero no se expulsa del ordenamiento jurídico la norma cuestionada", por lo cual el juez, por medio de ciertos recursos interpretativos, mantiene la disposición, señalando la forma correcta en la que se debe entender.

10 Un ejemplo es el de un juez que sentencia que una prisión no cumple las condiciones para garantizar un trato digno a los presos, ordenando que se implemente un programa de ampliación de aquella, lo que indica que el juez se involucra en un proceso en el cual inicialmente estuvo ajeno.

5. Decisión *ultra petita*. Se refiere a cuando el juez no se ciñe a las formas ni observa en ellas límites infranqueables, es decir, los jueces no se restringen a las pretensiones de las partes, gestionando incluso pruebas o decidiendo más allá de lo que pidan los intervinientes (Feoli, 2015).

Estos elementos conceptuales son importantes porque nos permiten dar cuenta de un fenómeno que se presenta como parte de la judicialización de la política, y ponderar el grado de involucramiento de los jueces en casos en los que se juega la protección de los derechos de grupos sociales vulnerables, como son los casos de comunidades indígenas o campesinas que resisten la imposición de megaproyectos que amenazan con alterar o afectar sus modos de vida y los ecosistemas en los que habitan, tal como sucede con el caso del Tren Maya y la movilización legal que el mismo ha concitado, para lo cual es menester, primeramente, hacer un breve repaso sobre la evolución histórica del Poder Judicial en México respecto a los derechos de los pueblos y las comunidades indígenas, tratando de dilucidar en qué medida se ha facilitado su capacidad de control jurisdiccional sobre los otros poderes estatales, elementos que, en conjunto, nos ayudarán a entender el sentido de las decisiones tomadas por los jueces del caso Tren Maya ante los recursos legales interpuestos por diversos individuos y comunidades contra las afectaciones causadas por este megaproyecto.

El Poder Judicial en México y los derechos de los pueblos indígenas

En México, encontramos que, históricamente, el Poder Judicial se caracterizaba hasta el siglo XX por su papel en el mantenimiento de la estabilidad política del régimen, al cual dotaba de legitimidad jurídica y constitucional (Domingo, 2011);[11] no obstante, en los años noventa se reformaría el sistema judicial, habiendo un cambio sustancial en la relación de este con

11 Así, Domingo (2011) refiere que "la rama judicial contribuyó a la estabilidad política estructurada en torno del discurso constitucional nominal y de la práctica de elecciones regulares y rotación presidencial que constituyeron la *pax priísta* del gobierno del partido dominante" (p. 49).

el Ejecutivo,[12] además de modificarse los poderes de revisión de dicho poder con el reforzamiento de su facultad para promover controversias constitucionales. Un segundo aspecto importante al respecto fue el establecimiento de la "acción de constitucionalidad", en la que a partir del requerimiento de un tercio de los votos de los congresos estatales o de las cámaras federales, la Corte puede decretar la constitucionalidad de una ley (Domingo, 2011, p. 50); por su parte, en la reforma de 1996 se incorporaría plenamente el Tribunal Electoral al Poder Judicial y se extenderían los poderes de revisión de la Suprema Corte a ciertas disputas electorales, por lo que con una mayor frecuencia los opositores aceptarían la viabilidad de recurrir a los tribunales en asuntos electorales, volviéndose más difícil que el partido gobernante ignorara los fallos sobre este aspecto. Los efectos positivos de estas reformas fueron varios, destacando la creación del Consejo de la Judicatura Federal en 1994, además de que a partir de la reforma de ese año tuvo lugar una "primavera" de reformas judiciales en el país y los estados, concluyendo hacia el 2012 con la polémica designación del ministro Eduardo Medina Mora en la Suprema Corte (Caballero, 2021, p. 8).[13]

En el marco de los cambios que vive el país durante el gobierno de Andrés Manuel López Obrador (2018-2024), en el año 2021 el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Arturo Zaldívar, propuso una reforma para hacer más eficiente, eficaz, cercano y profesional al Poder Judicial de la Federación (Caballero, 2021, p. 13), la cual se sustenta en varios ejes, a saber: fortalecer la SCJN como tribunal constitucional,[14] impulsar una carrera judicial de la que deriven mejores jueces y juezas[15] y fortalecer el Instituto la Defensoría Pública, así como fortalecer el Consejo de la Judi-

12 Al respecto, en la reforma de 1994 se dieron cambios importantes a favor de la independencia de la rama judicial con respecto al Ejecutivo, y a partir de ello se estableció un nuevo sistema de nombramientos para la Suprema Corte en el que el Senado tiene que respaldar las listas presentadas por el presidente.

13 Caballero (2021, p. 13) plantea que en ocasiones se dan reformas no planeadas meticulosamente a las que califica de coyunturales, tal fue el caso de la reforma judicial de 1999, la cual tenía como objetivo resolver el conflicto entre consejeros de la Judicatura y ministros de la Suprema Corte, y que era una respuesta a la reforma de 1994.

14 Al respecto, se diagnosticó que la Suprema Corte enfrenta una alta carga de trabajo que dificulta su procesamiento.

15 Con lo cual se coloca a los concursos como el único mecanismo de ingreso a los cargos de la carrera judicial y se fortalece el instituto de la Judicatura Federal.

catura.[16] Sobre esta reforma,[17] conviene destacar algunos aspectos clave en materia de defensa de los derechos humanos y de los derechos de los pueblos indígenas que pueden ser afectados por megaproyectos realizados en sus territorios. En primer término, se encuentra la jurisprudencia por precedentes para la Suprema Corte, respecto a lo cual el anteproyecto de reforma plantea que el alto tribunal avance a un sistema de precedentes en el que las razones que justifiquen las decisiones sean obligatorias para todos los órganos jurisdiccionales sin necesidad de ser reiteradas (Diario Oficial de la Federación, 2021), lo que busca beneficiar a las personas más pobres, que tienen dificultad para litigar sus asuntos en distintas instancias y que necesitan que sus derechos se protejan con mayor celeridad y eficacia; esto es de vital importancia, por ejemplo, en casos en los que la Suprema Corte se ha pronunciado contra megaproyectos mineros.[18] En segundo lugar se encuentra la propuesta de que el Consejo de la Judicatura designe uno o más órganos jurisdiccionales para conocer hechos que constituyan violaciones a los derechos humanos o que tengan un impacto social de relevancia, lo cual puede facilitar el acceso a la justicia en casos de violaciones de los pueblos indígenas.[19]

Es importante referir, asimismo, que la SCJN ha establecido tesis con criterios claros en materia indígena, reconociendo, por ejemplo, el pluralismo jurídico del país, además de tratar de resolver el conflicto entre la aplicabilidad del derecho consuetudinario indígena y los derechos humanos;[20] asimismo, este órgano judicial ha emitido diversas tesis aisladas relacionadas con los derechos indígenas en cuestiones tales como el interés jurídico de las comunidades indígenas para reclamar en un juicio de amparo sobre la reforma en la materia de 2001; sobre los derechos de estos grupos y las

16 Pues, como explica Caballero (2021): "Al referirse [Zaldívar] a la defensoría señala la necesidad de fortalecer también al Consejo de la Judicatura, como una especie de cuarto eje de la reforma" (p. 14).

17 Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* en marzo de 2021.

18 Existiendo, por otro lado, algunos cuestionamientos a la practicidad del cambio constitucional propuesto (Caballero, 2021, p. 58).

19 También es sumamente importante para la protección de los derechos humanos y, en todo caso, indígenas, la propuesta de que la Suprema Corte conozca el recurso en revisión del amparo directo, cuando "a su juicio el asunto revista un interés excepcional en materia constitucional o de derechos humanos" (Diario Oficial de la Federación, 2021).

20 Estableciendo que serán admisibles afectaciones a algunos derechos "cuando su propósito fundamental sea preservar las particularidades culturales de la comunidad, incluida su visión del derecho y los derechos, por ejemplo, a la propiedad colectiva, a las prácticas religiosas, o el uso del lenguaje tradicional, entre otros ("Tesis relevantes de la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la nación", 2018).

legislaturas locales en México; en materia de territorios, tierras y recursos naturales de los pueblos indígenas; en materia de autoridades, cargos comunitarios y autoadscripción; respecto al límite constitucional al derecho a la libre determinación; en materia de derecho a la consulta, así como en materia de acceso a la jurisdicción estatal y los derechos culturales y lingüísticos de los pueblos indígenas (Bailón, 2019, pp. 43-66), mismas que han proporcionado elementos de orientación a los impartidores de justicia ante reclamos realizados por grupos indígenas (Bailón, 2019, p. 66). Igualmente, cabe destacar la creación en el año 2013 del *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas*, a fin de que los juzgadores sustenten sus resoluciones en los estándares nacionales e internacionales en la materia (Salmerón, 2013, p. 2). Finalmente, y en materia específica de derechos indígenas y megaproyectos, cabe mencionar que, en los últimos años, la SCJN ha emitido diversas sentencias en materia de derechos de pueblos indígenas con relación a su derecho a la consulta, mismas que se han emitido en diversos sentidos, es decir, tanto pasando por alto la protección de este derecho indígena como salvaguardándolo.[21]

Las sentencias judiciales en el caso del megaproyecto Tren Maya

No siempre los conflictos y las diferencias sociales llegan a litigarse,[22] ya que, como nos recuerda De Sousa, existen distintos escalafones previos para que los conflictos lleguen a ese punto,[23] razón por la cual reviste suma importancia que una autoridad judicial tenga conocimiento de la inconformidad de diversas comunidades indígenas de la península de Yucatán con el procedimiento otorgado para llevar a cabo el Tren Maya en detrimento de

21 Al respecto, destaca la sentencia de la Suprema Corte ante las concesiones mineras de una empresa canadiense en Ixtacamaxtitlán, Sierra Norte de Puebla.

22 Básicamente, los amparos promovidos por los grupos opositores al Tren Maya se han resuelto en los órganos jurisdiccionales de primera instancia del Poder Judicial, como son los juzgados de distrito; en las decisiones también han participado los órganos jurisdiccionales de segunda instancia, es decir, los tribunales colegiados de circuito (SCJN, 2005).

23 Tal como señala este autor: "La gran mayoría de los comportamientos de este tipo [lesivo] sucede sin que los lesionados tengan en cuenta el daño o identifiquen a su causante […]. Por esta razón, niveles bajos de litigio no significan necesariamente una baja incidencia de comportamientos injustamente lesivos" (De Sousa, 2012, p. 236).

sus derechos. De esta manera, en los siguientes subapartados se expondrán los diferentes derechos que las comunidades opuestas a dicho megaproyecto argumentaron que son objeto de violación, lo que fue respaldado por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), y se analizarán los argumentos de las sentencias emitidas por los jueces respecto a este caso.

Derechos humanos vulnerados según la parte quejosa

Derechos indígenas

Además de los propios afectados, la ONU ha denunciado las omisiones en las que ha incurrido el Gobierno de México respecto al procedimiento para implementar el Tren Maya; en especial, se han documentado violaciones al *derecho a la consulta libre, previa e informada* de los pueblos indígenas, estipulado en el derecho internacional —Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo— y en el artículo 2 constitucional, fracción IX, apartado B de la Constitución mexicana, un derecho de tipo colectivo que tienen los pueblos y las comunidades indígenas para ser escuchados y tomados en cuenta en casos en los que gobiernos o particulares "tengan planeado impulsar políticas, proyectos o leyes, los cuales afecten sus territorios" (Gutiérrez, 2020, p. 248).[24] Así, cuando un agente externo a los pueblos indígenas —público o privado— comienza a desarrollar planes que puedan afectarles, se debe abrir un proceso de diálogo bajo el principio de buena fe para que los indígenas conozcan los alcances y efectos que los megaproyectos pueden tener sobre sus formas y espacios de vida, a fin de que tomen una decisión al respecto (Gutiérrez, 2020, p. 248), lo que no sucede en la mayoría de los casos. En lo que respecta al Tren Maya, la ONU ha denunciado diversas problemáticas relacionadas con el supuesto proceso de consulta realizado por el Gobierno de México para cumplir formalmente con este requisito y "convencer" a los pueblos de la viabilidad de llevar a cabo este megaproyecto en sus territorios. Sobre las limitaciones del proceso de consulta en cuanto a esta obra, las organizaciones involucradas seña-

24 Además del Convenio 169, en el derecho internacional existen otras normas e instituciones que "también establecen los alcances del derecho a la consulta, tales como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (artículo 27); la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Pueblo Saramaka vs. Surinam, del 28 de noviembre de 2007; el Comité de Derechos Humanos, comunicación número 1457/2006, Poma C. el Perú, párrafos donde se interpreta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" (Gutiérrez, 2020, p.).

lan[25] que dicho proceso no cumplió con los estándares mínimos requeridos en tanto los funcionarios nunca consultaron a las comunidades, algunos de sus miembros señalan incluso que la consulta jamás se adecuó a la cultura de las primeras, ya que muchos residentes maya tzeltales y maya choles hablan poco español y no siempre entendían lo que les estaban explicando (Radwin, 2022); asimismo, la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT) omitió informar adecuadamente el impacto medioambiental al proyecto, lo que habría ayudado a entender los peligros asociados a la fauna silvestre que implica el mismo; de igual forma, resulta por demás necesario "que las comunidades indígenas, comunidades equiparables y comunidades en general que habitan la península de Yucatán cuenten con información accesible, completa y suficiente para ejercitar sus derechos de participación, así como de consulta" (CEMDA, 2022).

A pesar de ello, las autoridades mexicanas dieron por satisfactoria la consulta sobre esta obra gubernamental y argumentaron que las comunidades que asistieron a quince asambleas regionales aceptaron el "programa de desarrollo" denominado Tren Maya, agregando que estas autoridades recibieron las peticiones, las propuestas y los planteamientos formulados por las autoridades comunitarias, municipales y agrarias con el compromiso de incorporarlas al "Proyecto de Desarrollo Integral", por medio del diálogo conjunto con las comunidades (Gobierno de la República, 2020);[26] por su parte, relatores de la ONU externaron su preocupación por la protección de los derechos territoriales de los pueblos indígenas de la región, así como por posibles desalojos (ONU, 2020).

25 La ONU (2020) menciona, en tal sentido, que "respecto al carácter previo de la consulta y el consentimiento, la ONU-DH celebra que los diálogos con las comunidades indígenas de la región en relación con el proyecto hayan iniciado antes de su definición y ejecución, lo cual contribuye al cumplimiento de dicho principio", lo que pierde méritos al establecer una consulta en la que el objetivo fue definir acuerdos con las comunidades respecto a su participación en la distribución de beneficios de la obra, asumiendo que la misma se realizará independiente del resultado de la consulta (ONU, 2020).

26 En tal sentido, los relatores de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas externaron su preocupación sobre este procedimiento en una carta dirigida al Gobierno de México, en la que expresaron sus dudas sobre la Manifestación de Impacto Ambiental (MIA) presentada ante la SEMARNAT, en tanto esta no había dado el tiempo suficiente (quince días) para que las comunidades, las organizaciones civiles y la academia plantearan sus observaciones relacionadas con la MIA, la cual, además, contaba con 1900 cuartillas, sin una versión reducida ni una traducción a idiomas indígenas, en consonancia con los argumentos y las preocupaciones de varias organizaciones sobre la falta de información adecuada hacia las comunidades.

El argumento a la violación de los derechos indígenas en el caso de las comunidades que afecta el Tren se fundamentó en algunos de los amparos más representativos presentados por los abogados que apoyaron a las organizaciones de defensa del territorio local, situación argumentada por el Consejo Regional Indígena y Popular de Xpujil (CRIPX) ante el Juzgado Segundo de Distrito de Campeche, puesto que la consulta realizada a finales de 2019 por el Ejecutivo no cumplió con los requisitos de ser previa, libre e informada y de buena fe (CRIPX, 2020); lo anterior no fue concedido por la jueza encargada del caso, para quien se trataba de un hecho consumado.[27] Con posterioridad, se impugnó la resolución, ante lo cual la organización denunció la denegación de la justicia de la que eran objeto *so pretexto* de la emergencia sanitaria por covid-19 (CRIPX, 2020).[28]

Derecho a la salud y al medioambiente

Integrantes de la comunidad indígena cho'l en Chiapas (Palenque, Salto de Agua y Ocosingo) presentaron una demanda de amparo en el Juzgado Segundo de Distrito de Chiapas en contra del presidente de la República, del secretario de Salud Federal y del director general del Fondo Nacional de Fomento al Turismo (FONATUR) por la emisión tanto del Acuerdo del día 6 de abril de 2020, emitido por el secretario de Salud, como del Decreto del 23 de abril de ese año por parte del Ejecutivo, mediante los cuales se determinaba la continuación del proyecto denominado Tren Maya a pesar de la pandemia de covid-19, ya que afectaba su derecho a la salud; a partir del amparo correspondiente, los opositores obtuvieron un triunfo en favor de su causa (Arellano, 2020). Un amparo muy importante también fue el interpuesto por el colectivo Kanan en el Juzgado Tercero de Distrito de Yucatán que buscaba detener la obra en los municipios de Chocholá, Mérida e Izamal de ese estado, para lo cual argumentaron que en una consulta llevada a cabo por la SEMARNAT se detectaron omisiones al anexo de la Manifestación de Impacto Ambiental (MIA) entregado por FONATUR, correspondiente a la fase I del Tren

27 No obstante, esta jueza decretó la suspensión de las obras mientras se resolvía el juicio de amparo ("Jueza federal concedió suspensión", 2020).

28 Respecto a su queja, el CRIPX expresó en un comunicado que la jueza primera de distrito reservaba el caso hasta en tanto se reanuden labores de manera normal y cotidiana en los órganos jurisdiccionales, contraviniendo el acuerdo de la Secretaría de Salud por el que se establecía que la impartición de justicia era una actividad esencial durante la pandemia (CRIPX, 2020). Posteriormente, la organización trabajaría en otro amparo relacionado con el medioambiente (Bachelot, 2020).

Maya (Moguel, 2021). A la postre, no se pudieron detener definitivamente las obras en esta región.

Destacan de igual forma los amparos[29] interpuestos por un conjunto de buzos profesionales de la zona en el Primer Juzgado de Distrito de Yucatán,[30] por las violaciones a sus derechos, por parte del megaproyecto Tren Maya, a un medioambiente sano, al agua, la vivienda digna, el desarrollo sustentable y la participación pública en asuntos ambientales, y a que se había iniciado su ejecución sin contar con una autorización de la MIA, con lo que se ponía en riesgo la Selva Maya, la red de ríos, las cavernas, los cenotes y el sistema de cuevas subterráneas del Caribe mexicano, ya que el procedimiento de evaluación de impacto ambiental se encuentra estipulado en la opinión consultiva 23/17[31] de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Se argumenta, de igual manera, que en la *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*[32] *se contempla la evaluación de riesgos ambientales como condición necesaria para la implementación de megaproyectos, por lo que su ausencia representa una vulneración a este principio (Medina y Fernández, 2022). Un último amparo importante fue el tramitado por la asociación Defendiendo el Derecho a un Medio Ambiente Sano* , con el cual se busca detener el daño a la biodiversidad que puede acontecer con las obras en los tramos 6 y 7; la parte quejosa agregó en la ampliación de la demanda original estos tramos e incluyó a la Dirección General de Impacto y Riesgo Ambiental de la SEMARNAT como autoridad responsable, reclamando asimismo la suspensión de las obras que se dan con base en el acuerdo publicado el 22 de noviembre de 2021 en el *Diario Oficial de la Federación*[33] (Forbes, 2022).

29 Para algunas ONg mexicanas el recurso de amparo frente a esta obra resulta insuficiente, toda vez que no ha sido adecuado para frenar la violación de los derechos humanos que los afectados demandan como vulnerados (Medina y Fernández, 2022).

30 Este juzgado, junto al Tribunal Colegiado en Materias del Trabajo y Administrativa, han sido designados por el Consejo de la Judicatura Federal para resolver los juicios de amparo presentados en los estados de Yucatán, Campeche, Quintana Roo y Chiapas.

31 Lo cual se estipula en el apartado B.1 correspondiente a la obligación de prevención de la referida opinión consultiva (CIDH, 2017).

32 Artículo 15, en el cual se estipula la obligatoriedad de establecer medidas eficaces para la protección de medioambiente, aunque se carezca de certeza científica absoluta (ONU, 1992).

33 Acuerdo por el cual se instruye a las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal a otorgar la autorización provisional, permisos o licencias necesarias para iniciar proyectos ferroviarios y, con ello, garantizar su ejecución oportuna (DOF, 2021). El referido acuerdo fue el marco a través del cual el Consejo de Seguridad del Gobierno mexicano decretó al Tren Maya

Argumentos para otorgar o no los amparos

En los siguientes párrafos consideraremos los argumentos esgrimidos por los jueces para otorgar, en algunos casos, la protección de la justica a los inconformes con el megaproyecto Tren Maya; sin embargo, señalemos primero la reacción política del Gobierno federal ante los amparos contra la obra, esto es, la publicación de un decreto que estipula la obligación de las dependencias federales de autorizar los proyectos gubernamentales sin que estos tuviesen todos los trámites y permisos correspondientes, lo cual constituye "un medio de presión para un Poder Judicial que se ha mostrado titubeante frente a las decisiones, muchas veces arbitrarias, del Ejecutivo" (Medina y Fernández, 2022), lo que se ha traducido en un elemento de presión para los jueces que otorgaron las revocaciones de las suspensiones en el tramo 5, como resultado de un clima de presión por parte del Ejecutivo federal (Medina y Fernández, 2022).

Retomando la cuestión sobre los amparos otorgados a los quejosos en algunas circunstancias, en primer lugar se toman en cuenta los principales argumentos de las sentencias que suspendieron temporalmente la obra y que en un inicio se podrían catalogar de *activistas*, sin embargo, ante las trabas burocráticas y la presión gubernamental las sentencias fueron poco a poco revocadas por otros órganos jurisdiccionales, tal como se expone más adelante. Así, encontramos que la primera sentencia del caso que podemos considerar *activista*[34] fue la que otorgó la suspensión definitiva contra las obras del Tren Maya en la comunidad de Xpujil, en Calakuml, Campeche; al respecto, puede identificarse que el criterio del juzgador fue amplio, pues si bien no se pronunció sobre el carácter de la consulta, por tratarse de un hecho consumado, sí ordenó la suspensión definitiva sobre la ejecución del megaproyecto Tren Maya, aunque asumiendo el criterio del tribunal colegiado, lo que traía como consecuencia que, aunque se decretara la aprobación de esta obra, se abstuvieran de realizar actos tendientes a la ejecución de la misma ("Jueza federal concedió suspensión", 2020).[35]

---

como asunto de seguridad nacional y que, por la tanto, se podían ejecutar las obras a pesar de las suspensiones definitivas otorgadas contra estas, correspondientes al tramo 5 del megaproyecto ("Gobierno declara al Tren Maya obra de seguridad nacional", 2022).

34 Lo cual se da porque esta contraviene la disposición de otro poder (el Ejecutivo) y porque estamos frente a una sentencia interpretativa que reorienta una política pública federal (en este caso, el Tren Maya) (Feoli, 2015).

35 Este proceso ha sido entorpecido a tal grado que habitantes de Xpujil desistieron del amparo e incluso denunciaron engaños por parte del CRIPX (Bote, 2021); asimismo, el juicio de amparo no se ha resuelto y se encuentra en el Primer Juzgado con sede en Yucatán (Pascacio, 2022).

En la sentencia definitiva otorgada a los pueblos cho'l en Chiapas, el criterio con el que actuó la juzgadora estuvo encaminado a proteger la salud y el medioambiente de la comunidades de Ocosingo, Salto de Agua y Palenque, en tanto se argumentó que las comunidades autorreconocidas como indígenas podrían sufrir una afectación a su esfera jurídica, ya que en el acuerdo para establecer medidas para atender la emergencia sanitaria se limita la interacción social y, de realizarse las obras, se afectaría el derecho a la salud de los quejosos al impedir el establecimiento de medidas de distanciamiento personal, lo que se determinó ante la falta de información por parte de FONATUR (Arellano, 2020); así, podemos afirmar que la juzgadora dictó una sentencia en sentido activista que amplía derechos, caracterizada como interpretativa, y que, al igual que la anterior sentencia, reorienta una política pública del poder ejecutivo.

Un caso más de sentencia activista es la suspensión definitiva otorgada por el Juzgado Tercero de Distrito del Estado de Yucatán para detener las obras del Tren Maya en los municipios de Chocholá, Mérida e Izamal de ese estado, la cual señala que tales obras serían suspendidas en tanto se revisara si la MIA, para la fase que recorre estos municipios, presentaba o no irregularidades; de esta manera, la resolución que ratificó la sentencia provisional dictada por el Tribunal Colegiado del Trabajo y Administrativa ordenó a las autoridades responsables que

> se abstengan de realizar actos tendientes a la ejecución del proyecto Tren Maya fase 1 derivado de la Manifestación de Impacto Ambiental (MIA) […] únicamente en lo que atañe a los municipios de Mérida, Izamal y Chocholá […] en el entendido de que dicha limitante es únicamente respecto de obras o construcciones nuevas, de modo que si se requería dar mantenimiento a vías férreas preexistentes las obras podrían continuar (Agencia Reforma, 2021).[36]

En este caso, podemos sostener que se trata nuevamente de una sentencia con sentido activista porque se contraviene la decisión del poder ejecutivo, tratándose además de una sentencia interpretativa que, como tal,

36 Esta sentencia definitiva fue revocada en marzo de 2022 por el Tribunal Colegiado del Trabajo y Administrativo, negando el acto reclamado a los quejosos; tal situación se repitió ese año con un amparo que se había otorgado por las mismas dolencias en la consulta de la MIA a la asamblea Múuch' Xíinbal, e incluso revisó dos veces el mismo amparo, en una ocasión a solicitud de SEMARNAT y en otra a solicitud de FONATUR (Consejo de la Judicatura Federal, 2022; Fuentes, 2022).

reorienta una política pública; a pesar de ello, la resolución es limitada en lo geográfico (como en el caso de Xpujil) a tres municipios y en cuanto al tipo de actividades, pues se prohíben nuevas obras pero pudiendo dar mantenimiento a la red ferroviaria preexistente en tales municipios.

Una cuarta sentencia de consideración es la otorgada al grupo de buzos que interpusieron los amparos antes mencionados, y en la que se argumentó la violación al derecho al medioambiente sano en la región, considerando que las obras del tramo 5 del Tren Maya se iniciaron sin contar con una MIA, por lo que no se realizaron de acuerdo con lo estipulado en la Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente ni al reglamento de esta ley en materia de evaluación del impacto ambiental, además de que, como referimos, la obligación de presentar la MIA por la autoridad competente se encuentra estipulada en instrumentos internacionales de protección del ambiente (*Declaración de Río* y *Opinión consultiva* de la CIDH). Ateniéndonos a que se contraviene una decisión del Ejecutivo y a que se influye en la política pública de un gobierno, la resolución de este juez fue revocada por el Tribunal Colegiado mencionado, en el que se concentran actualmente las decisiones sobre el caso, lo que no estuvo exento de la imposición de sanciones administrativas al FONATUR, tales como el pago de una fianza millonaria, además de que se obligó a esta instancia a acreditar tres condicionantes ambientales previo al comienzo del trabajo de desmonte de la selva en el inicio del tramo 5 sur, sanciones precisadas en la MIA autorizada por SEMARNAT (Vázquez, 2022c).[37]

Así, podemos afirmar que el proceso de defensa legal interpuesto por los grupos inconformes con el Tren Maya presenta diversas contradicciones respecto a la protección efectiva de las comunidades de la zona ante los daños ambientales y a las violaciones a los derechos humanos por parte de las autoridades responsables. Tal como corroboramos, en principio se dieron criterios activistas en las resoluciones dictadas por los jueces de Campeche, Chiapas y Yucatán, aunque la defensa legal de los afectados presenta en el

37 En cuanto al tramo 5 sur se han desechado varios amparos más, se argumentó, en tal sentido, que las pruebas presentadas sobre el reinicio de las obras de desmonte en la selva, tanto en el tramo 5 sur como en el norte, en el contexto de una suspensión definitiva sobre estas, eran insuficientes; de la misma forma, se desechó el argumento de que habría afectación al medioambiente con la obra, puesto que fue presentada la MIA correspondiente (Vázquez, 2022b). El Juez Primero de Distrito de Yucatán, revocó, por su parte, en septiembre pasado, la suspensión al tramo 5 norte debido a la autorización de la MIA de ese tramo, aún se espera una resolución respecto a la extemporaneidad de la MIA que argumentan los ambientalistas en el tramo 5 (Vázquez, 2022a).

momento un límite relativo a las resoluciones emitidas por el Tribunal Colegiado de Yucatán, el cual, como segunda instancia, ha revocado sentencias definitivas de los jueces en los distritos correspondientes a estos estados, quedando claro el criterio a favor de este megaproyecto gubernamental por el Tribunal referido, ya que este ha fallado recurrentemente contra los quejosos, lo que también sucede con el Juez Primero de Distrito de Yucatán, que ha revocado sus propias suspensiones definitivas.

Esta situación pone de manifiesto una estrategia gubernamental sustentada en concentrar en un solo tribunal o juzgado las resoluciones sobre obras polémicas, tal como sucedió con la construcción del Aeropuerto Internacional Felipe Ángeles en el Estado de México (Fuentes, 2022), situación que se suma a dos disposiciones centrales para lograr inaugurar la megaobra a la brevedad: el acuerdo emitido por la Presidencia en noviembre de 2021 y la declaración sobre el carácter de Seguridad Nacional del Tren Maya de julio de 2022, con base en lo cual se implementó una estrategia política del Gobierno junto a la estrategia legal de revocación de amparos, a fin de lograr la imposición de este megaproyecto a pesar de las objeciones jurídicas presentadas por las comunidades afectadas por la misma.

Conclusiones

En este trabajo hemos reflexionado sobre la judicialización de la política como mecanismo de rendición de cuentas y de control social de los poderes ejecutivo legislativo y judicial, y sobre el activismo judicial en tanto comportamiento de los jueces que desafía los límites de las interpretaciones jurídicas estrictas y que contribuye a impactar de manera positiva en la sociedad al promover cambios en esta y en las leyes a favor de grupos sociales vulnerables, analizando la evolución histórica del Poder Judicial en México desde un órgano de gobierno que fungía como legitimador del régimen político dominante en el siglo XX, hasta convertirse en un órgano con mayor autonomía y mayores facultades de vigilancia en relación con los otros poderes, así como más sensible en general ante temas de derechos humanos y sobre las problemáticas particulares enfrentadas por los pueblos indígenas respecto a la vulneración de sus derechos, con relación a lo cual ha habido una progresiva actualización e incorporación de los estándares en la materia que ha permitido que, en casos específicos de luchas indígenas contra megaproyectos, los jueces involucrados se comprometan efectivamente con la impartición de justicia hacia estos grupos sociales.

Lo cual puede verificarse en las sentencias judiciales emitidas ante los recursos legales interpuestos por comunidades locales de la península de Yucatán por el megaproyecto del Tren Maya, en el que la actuación de los jueces fue de carácter activista —sentencias iniciales de los Juzgados de Distrito—, ya que desafiaron al poder político en su pretensión de imponer esta iniciativa económica y antepusieron la defensa de los derechos indígenas y ambientales de las mismas en un contexto sociopolítico convulso en el que ha habido suma presión social e institucional para facilitar legalmente la concreción de dicho megaproyecto, y por lo cual la actuación de los jueces del caso resulta destacable. No obstante, el criterio del Tribunal Colegiado de Circuito, que revocó las sentencias dictadas en favor de las comunidades, allanó el camino para que el Gobierno federal siguiera con la construcción de su megaproyecto, al que ha protegido bajo la etiqueta de obra de Seguridad Nacional, sin evaluar se manera concienzuda los impactos ecológicos y sociales de una obra de esa escala.

Referencias

Agencia Reforma (22 de febrero de 2021). Otorgan suspensión definitiva del Tren Maya en municipios de Yucatán. *Debate*. https://www.debate.com.mx/estados/Otorgan-suspension-definitiva-del-Tren-Maya-en-municipios-de-Yucatan-20210222-0300.html.

Arellano, C. (23 de junio de 2020). Otorgan suspensión definitiva a comunidad ch'ol contra Tren Maya. *La Jornada*. https://www.jornada.com.mx/ultimas/sociedad/2020/06/23/otorgan-suspension-definitiva-a-comunidad-chol-contra-tren-maya-6267.html.

Bachelot, B. (2020). Libre determinación y megaproyectos: el Consejo Regional Indígena y Popular de Xpujil (CRIPX) frente al Tren Maya. *Nuestra Praxis*, (7), 105-127.

Barak, A. (2008). *Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia*. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Bote, A. (15 de diciembre de 2021). Pobladores de Calakmul desistieron de sus amparos contra el Tren Maya. *La Jornada Maya*. https://www.lajornadamaya.mx/campeche/186457/pobladores-de-calakmul-desistieron-de-sus-amparos-contra-el-tren-maya.

Caballero, J. A. (2021). *La reforma judicial de 2021*. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2017). Opinión consultiva oc-23/17. https://cdh.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/sites/3/2018/03/oc-23.pdf.

Consejo de la Judicatura Federal (2022). Amparo 186/2021. https://www.cjf.gob.mx/micrositios/dggj/paginas/serviciosTramites.htm?pageName=servicios%2Fexpedientes.htm.

Courtis, C. (2005). Breves apuntes de caracterización de la actividad política de los tribunales. En F. Ojesto, J. Orozco y R. Vázquez (Eds). *Jueces y política* (pp. 59-84). Editorial Porrúa, UNAM .

De Sousa, B. (2012). *Derecho y emancipación*. Corte Constitucional para el Período de Transición, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.

Domingo, P. (2004). Judicialization of politics or politicization of the judiciary? Recent trends in Latin America. *Democratization*, *11*(1), 104-126.

Domingo, P. (2011). Judialización de la política: el cambio de papel político del poder judicial. En R. Sieder, L. Schojolden y A. Angell (Eds.),

La judicialización de la política en América Latina. Editorial Universidad Externado de Colombia.

Epp, C. R. (1998). *The rights revolution: Lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective*. University of Chicago Press.

Estados Unidos Mexicanos, Presidencia de la República (2021a). Acuerdo por el que se instruye a las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal a realizar las acciones que se indican, en relación con los proyectos y obras del Gobierno de México considerados de interés público y seguridad nacional, así como prioritarios y estratégicos para el desarrollo nacional. *Diario Oficial de la Federación*. https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5635985&fecha=22/11/2021#gsc.tab=0.

Estados Unidos Mexicanos, Presidencia de la República (2021b). Decreto por el que se declara reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativos al Poder Judicial de la Federación. *Diario Oficial de la Federación*. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5613325&fecha=11/03/2021#gsc.tab=0.

Farrera, G. (2012). La judicialización de la política: el caso de México en perspectiva comparada. *Revista IUS*, *6*(30), 172-203.

Feoli, M. (2015). El nuevo protagonismo de los jueces: una propuesta para el análisis del activismo judicial. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, *22*(2), 173-198.

Fuentes, V. (25 de marzo de 2022). Revocan suspensión de obras de Tren Maya. *Luces del Siglo*. *https://lucesdelsiglo.com/2022/03/25/revocan-suspension-de-obras-de-tren-maya-local/*.

Gobierno declara al Tren Maya obra de seguridad nacional . (18 de julio de 2022). *Expansión Política*. https://politica.expansion.mx/mexico/2022/07/18/gobierno-declara-al-tren-maya-obra-de-seguridad-nacional.

Gutiérrez, R. (2020). El derecho a la consulta previa para obtener el consentimiento libre e informado frente a los megaproyectos de inversión y la industria extractiva. En R. Gutiérrez y M. Burgos (Coords.), *Globalización, neoliberalismo y los derechos de los pueblos indígenas de México* (pp. 239-260). Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.

Hirschl, R. (2018). La judicialización de la política. En C. Saavedra, *Veinte años no es nada: la Suprema Corte y la justicia constitucional antes y después de la reforma judicial de 1994* (pp. 33-68). Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Jueza federal concedió suspensión que frena por tiempo indefinido el Tren Maya en Calakmul, Campeche (5 de marzo de 2020). *Infobae*. https://www.infobae.com/america/mexico/2020/03/05/jueza-federal-.

Juez federal admite amparo que busca frenar dos tramos del Tren Maya . (22 de julio de 2022). *Forbes*. https://www.forbes.com.mx/juez-federal-admite-amparo-que-busca-frenar-dos-tramos-del-tren-maya/.

Lehoucq, E. y Taylor, W. (2019). Conceptualizing legal mobilization: How should we understand the deployment of legal strategies? *Law & Social Inquiry, 45. 1-28.*

Maraniello, P. A (2012) El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional. *Tla-Melaua*, (32), 46-83.

Medina, L. y Fernández, J. (2022). ¿Un tren sin frenos? La batalla por la suspensión del Tren Maya en México. *Agenda Estado de Derecho*. https://agendaestadodederecho.com/la-batalla-por-la-suspension-del-tren-maya-en-mexico/.

Moguel, Y. (22 de febrero de 2021). Tren Maya "sufre nuevo revés": Juzgado ordena detener obras en Mérida, Izamal y Chocholá. *El Financiero*. https://www.elfinanciero.com.mx/peninsula/tren-maya-sufre-nuevo-reves-juzgado-ordena-detener-obras-en-merida-izamal-y-chochola/.

O'Donnell, G. (1997). Rendición de cuentas horizontal y nuevas poliarquías. *Nueva Sociedad*, (152), 143-167.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1992). *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*. https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracionrio.htm.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). (2020) Carta de Relatores DDHH ONU al gobierno de México sobre Tren Maya. https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownLoadPublicCommunicationFile?gId=25562.

Pascasio, J. (13 de mayo de 2022). Poder judicial no respeta demandas contra obras de Tren Maya. *Avispa*. https://avispa.org/poder-judicial-no-respeta-demandas-contra-obras-del-tren-maya/.

Ramos, M. (2021). ¿Jueces en la política o políticos en los tribunales? Reflexiones en torno a la judicialización de la política a partir de casos de América Latina. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (20), 86-103.

Sieder, R., Schojolden, L. y Angell, A. (2011). *La judicialización de la política en América Latina*. Editorial Universidad Externado de Colombia.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). (2005). *¿Qué es el poder judicial de la Federación?* Suprema Corte de Justicia de la Nación. https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/material_didactico/2016-11/Que-PJF.pdf.

Tesis relevantes de la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la nación, publicadas en el semanario judicial de la federación del 23 de noviembre de 2018 al 11 de enero de 2019 (2018). https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/comunicacion_digital/2019-01/TesisPrimeraSaladel23de-noviembrede2018al11deenerode2019.pdf.

Vanhala, L. (2011). Social movements lashing back: Law, social change and intra-social movement backlash in Canada. En A. Sarat (Ed.), *Special issue social movements/legal possibilities* (vol 54, pp. 113-140). Emerald Publishing Limited.

Vázquez, J. (3 de agosto de 2022a). Revocan suspensiones definitivas contra Tramo 5 sur del Tren Maya. *El Economista*. https://www.eleconomista.com.mx/estados/Revocan-suspensiones-definitivas-con- tra-Tramo-5-sur-del-Tren-Maya-20220803-0160.html.

Vázquez, J. (9 de agosto 2022b). Revocan última suspensión contra el Tramo 5 sur del Tren Maya. *El Economista*. https://www.eleconomista.com.mx/estados/Revocan-la-ultima-suspension-que-pesaba-contra-las-obras-del-Tramo-5-sur-del-Tren-Maya-Fonatur-20220809-0068.html.

Vázquez, J. (6 de septiembre de 2022c). DMAS ingresa nueva solicitud de amparo contra el Tramo 5 norte del Tren Maya. *El Economista*. https://www.eleconomista.com.mx/estados/DMAS-ingresa-nueva-solicitud-de--amparo-contra-el-Tramo-5-norte-del-Tren-Maya-20220906-0132.html.

Young, E. (2002). Judicial activism and conservative politics. *University of Colorado Law Review*, *73*(4), 1139.

Yung, C. (2011). Flexing judicial muscle: An empirical study of judicial activism in the Federal Courts. *Northwestern University Law Review*, *105*(1).

Revista *Ratio Juris* Vol. 18 N.º 36, 2023, DOI: 10.24142/raju, pp. 195-246 © UNAULA

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL*

CORRUPTION IN INTERNATIONAL CONTRACTS

CORRUPÇÃO NA CONTRATAÇÃO INTERNACIONAL

CLAUDIA MADRID-MARTÍNEZ**

Recibido: 27 de noviembre de 2022 - Aceptado: 13 de marzo de 2023 -
Publicado: 23 de mayo de 2023
DOI: 10.24142/raju.v18n36a10

Resumen

El pago de comisiones para disfrutar de posiciones privilegiadas en procesos de licitación, el pago de sumas de dinero para obtener o agilizar autorizaciones o para obviar algunos requisitos, o incluso la contratación de obras que nunca llegan a ejecutarse o se ejecutan solo

* Trabajo realizado en el marco del proyecto "Efectos civiles de la corrupción en la contratación internacional. Colombia y Venezuela", código 29-000020, Universidad Autónoma Latinoamericana.

** Docente investigadora en la Universidad Autónoma Latinoamericana; parte del Grupo de Investigaciones Globalización del Derecho Privado (GLOPRI). Doctora en Ciencias Mención Derecho; *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado y Abogada de la Universidad Central de Venezuela (UCV); *Postdoctoral researcher* becada por la Fundación Alexander von Humboldt en la Universidad de Colonia (2012-2014); profesora titular en la UCV y en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB); profesora de cátedra en la Universidad de Antioquia. CvLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000158961, Google Scholar: https://scholar.google.es/citations?user=KqwV_8AAAAJ&hl=es, ORCID: https://orcid.org/0000-0002-1813-0829, correo electrónico: claudia.madridma@unaula.edu.co

de manera incompleta, son algunas de las múltiples situaciones de corrupción vinculadas a la contratación y que, en definitiva, pueden obstaculizar el cumplimiento de los fines del Estado en la búsqueda y garantía del bien común. Por tal razón, la corrupción se ha convertido en una constante preocupación para los Estados, que se han ocupado, por una parte, de establecer como tipo penal las diversas conductas que pueden calificarse como actos de corrupción, tal como ocurre con el peculado, el soborno o la colusión, y, por otra parte, han establecido normas para prevenirla, disponiendo obligaciones de transparencia en sus diversas actuaciones y que, en materia contractual, se traducen en el establecimiento de controles precontractuales. En este trabajo, con una mirada comparatista, queremos explorar el rol que puede jugar el Derecho de los contratos en la prevención y sanción de la corrupción.

Palabras clave: Corrupción, contratos de corrupción, contratos por corrupción, nulidad, anulabilidad, validez.

Abstract

The payment of commissions to enjoy privileged positions in bidding processes, the payment of sums of money to obtain or expedite authorizations or to obviate some requirements; or even the contracting of works that are never —or incompletely— performed, are some of the multiple situations of corruption linked to contracting and that can hinder the fulfillment of the purposes of the State in the search and guarantee of the common welfare. Because of this reason, corruption has become a constant concern for States, which have taken care, on the one hand, to establish as a criminal offense the various behaviors that can be classified as corruption, as occurs with embezzlement, bribery, or collusion; and, on the other hand, they have established rules to prevent it, establishing transparency obligations which in

contractual issues implies establishing several pre-contractual duties. In this paper, with a comparative perspective, I want to explore the role that Contract Law can play in the prevention and punishment of corruption.

Keywords: Corruption, Contracts providing for corruption, Contracts procured by corruption, Nullity, Voidability, Validity.

Resumo

O pagamento de comissões para usufruir de posições privilegiadas em processos licitatórios, o pagamento de quantias em dinheiro para obter ou agilizar autorizações ou para evitar algumas exigências; ou mesmo a contratação de obras que nunca são realizadas ou são realizadas apenas de forma incompleta, são algumas das muitas situações de corrupção ligadas à contratação e que, em última instância, podem dificultar o cumprimento das finalidades do Estado na busca e garantia do bem comum bom. Por esta razão, a corrupção tornou-se uma preocupação constante dos Estados, que têm tido o cuidado, por um lado, de tipificar como crime as diversas condutas que podem ser qualificadas como atos de corrupção, como o peculato, o suborno ou o conluio; e, por outro lado, estabeleceram regras para o prevenir, estabelecendo obrigações de transparência nas suas diversas atuações e que, em matéria contratual, se traduzem no estabelecimento de controlos pré-contratuais. Neste artigo, com uma perspectiva comparativa, queremos explorar o papel que o direito contratual pode desempenhar na prevenção e punição da corrupção.

Palavras chave: Corrupção, Contratos de corrupção, Contratos por corrupção, Nulidade, Anulabilidade, Validade.

Introducción: la corrupción como obstáculo al comercio internacional

En la introducción (*Setting the Stage*) del reporte preparado por el Banco Mundial, titulado *Enhancing Government Effectiveness and Transparency: The Fight Against Corruption* (2020), James Anderson pone de manifiesto un hecho alarmante: miles de millones de dólares han sido robados de los distintos países mediante actos de corrupción. Ello, a pesar de que todos los días presenciamos protestas contra los actos de corrupción que amenazan la estabilidad política, y los nuevos gobiernos llegan al poder con la promesa de regímenes limpios, responsables y transparentes. En los países ricos, continúa el autor, el término "corrupción" se lanza de forma rutinaria a los oponentes políticos, a veces con hechos que respaldan las acusaciones, a veces no.

Desde la fundación de Transparencia Internacional en 1993 —continúa Anderson— y el sincero discurso de James Wolfensohn sobre el "cáncer de la corrupción" en 1996[1] se han realizado análisis más profundos y han evolucionado los enfoques para combatir la corrupción. Los gobiernos de todo el mundo están tratando de abordar este fenómeno que se manifiesta de diferentes formas y en diferentes sectores. La corrupción, sin embargo, no se detiene: en el 2020 se rompió el récord del mayor acuerdo legal de soborno en el extranjero cuando Airbus SE acordó un pago de 4 mil millones de dólares con Francia, el Reino Unido y Estados Unidos (World Bank, 2020).

En un documento publicado por el Banco Mundial en febrero del 2020, titulado *Elite Capture of Foreign Aid. Evidence from Offshore Bank Accounts* (Andersen *et al.*, 2020), se pone de manifiesto el impacto de la corrupción en el terreno de las ayudas extranjeras, al descubrir la correlación existente entre la entrega de ayudas a los Estados altamente dependientes de ellas y los fuertes aumentos en los depósitos bancarios en centros finan-

1 Siendo el noveno presidente del Banco Mundial, Wolfensohn se refirió al "cáncer de la corrupción" en un discurso ante la Asamblea Anual de Accionistas del Banco de 1996. Este discurso, reconocido como fundamental para impulsar la agenda de gobernanza del Banco, coincidió con la adopción de una política de tolerancia cero para la corrupción en los proyectos, y fue seguida poco después por el Informe de Desarrollo Mundial de 1997, que puso de manifiesto lo problemática que puede resultar la corrupción para el desarrollo, y declaró oficialmente la necesidad de un mayor compromiso del Banco para prevenir la corrupción en los proyectos. En su discurso, Wolfensohn ofreció la asistencia del Banco a los gobiernos que implementaran programas nacionales para desalentar las prácticas corruptas (Barham, 2016).

cieros extraterritoriales conocidos por el secreto bancario y la gestión de patrimonio privado, pero no en otros centros financieros. En este documento, a cargo de Andersen, Johannesen y Rijkers, se estima una tasa promedio de fuga implícita de alrededor del 7,5 %, cifra que tiende a aumentar con la relación entre la ayuda y el Producto Interno Bruto de esos Estados. En todo caso, la corrupción constituye un límite para la economía y el desarrollo de los países y frena la inversión extranjera. Ya en 1997 Kaufmann afirmaba que hacer inversiones en países relativamente corruptos podía resultar 20 % más costoso que hacerlas en un país sin corrupción.

La corrupción es también reconocida como uno de los grandes enemigos del comercio internacional. Con este reconocimiento inician Bonell y Meyer su reporte general sobre el impacto de la corrupción en los contratos comerciales internacionales, presentado en el 2015 en la Academia Internacional de Derecho Comparado, en el cual, los autores admiten que en los países en los que la corrupción corre desenfrenada, los jugadores justos no pueden acceder al mercado pues su desempeño y calidad son excluidos de la competencia por aquellos que usan el soborno como un medio para que ciertos contratos les sean adjudicados.

En ese reporte general, Bonell y Meyer también referían que, de acuerdo con las cifras del Banco Mundial, el costo de hacer negocios aumenta en un 10 % por causa de la corrupción, y en los países en desarrollo el porcentaje aumenta hasta el 25 %. El propio Banco Mundial también apunta que cada año se paga un billón de dólares en sobornos. Esta cifra era reportada por Forbes en el2013 y ratificada por la Organización de las Naciones Unidas en enero del 2021. Algunos autores han llegado a reconocer que, "[b]ribery, some claimed, is customary and often necessary to transact business in many countries. Many business people consider bribes and gifts to be part of the cost of doing business in a foreign country" (Raoof y Rauf Butt, 1997, p. 27).

De hecho, esta especie de tolerancia hacia los actos de corrupción ha contribuido a su expansión. Así, en su *paradoxe de la corruption* Oppetit (1987) reconoció que esta es, paradójicamente, un fenómeno "unanimement réprouvé et universellement répandu", pues en la conquista por los mercados internacionales la reprobación moral de la corrupción se debilita y llega incluso a desaparecer (pp. 5 y 11). Según estima Mayer (1991), si los exportadores se sirven de ella en Estados extranjeros, sus propios Estados llegan incluso a patrocinar actos de corrupción, por ello —afirma el propio Mayer— la corrupción no es considerada contraria ni a los usos del comercio ni a los principios generales del Derecho.

Según se lee en la Declaración de la Reunión de Alto Nivel de la Asamblea General sobre el Estado de Derecho en los Planos Nacional e Internacional, los Estados se mostraron convencidos "del impacto negativo de la corrupción, que obstaculiza el crecimiento económico y el desarrollo, socava la confianza pública, la legitimidad y la transparencia y entorpece la elaboración de leyes imparciales y eficaces, así como su administración, ejecución y aplicación". Por ello, destacan "la importancia del Estado de derecho como elemento esencial para hacer frente a la corrupción y prevenirla, por medios como el fortalecimiento de la cooperación entre los Estados con respecto a los asuntos penales" (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2012, párr. 25).

No obstante este reconocimiento y las acciones que los Estados han ido tomando para hacer frente a la corrupción, las cifras no hacen más que crecer y la corrupción, lejos de disminuir o controlarse, aumenta y alcanza prácticamente a todos los sectores. Autores como Ghersi, por ejemplo, estiman que el problema con la corrupción es que se la ve como una causa y no como un efecto. La corrupción, estima Ghersi, es consecuencia del costo de la Ley,[2] con lo cual, combatirla eficientemente supone reducir este costo. "Esto explica —afirma el propio autor— por qué existe una correlación negativa entre economía de mercado y corrupción, ya que con ella el costo de la legalidad es más bajo que en los sistemas intervenidos" (Ghersi, 2000, pp. 174 y 177).

Resulta, en este sentido, de interés una investigación avanzada por Gil, Llorca y Martínez (2019), en la que buscan medir los efectos de la corrupción en el comercio internacional. Los autores utilizan tres medidas diferentes de corrupción para abordar el problema: el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) y el Índice de Control de la Corrupción (ICC), ambos basados en la percepción, por un lado, y un Índice de Corrupción Estructural (SCI), construido por Dreher, Kotsogiannis y McCorriston (2007), que proviene de un modelo estructural que toma en cuenta causas e indicadores

2 Resulta de gran interés el estudio llevado adelante por profesores de la Universidad Simón Bolívar (USB), la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) y el Colegio de Estudios Superior de Administración (CESA) en el cual muestran, mediante estadísticas concretas, la relación entre la extensión de la Constitución y los índices de corrupción, de manera que, mientras más extensa la Constitución, mayor el índice de corrupción. Así, a partir de los datos de Transparencia Internacional, los autores afirman que "nueve países que superan acaso los 30 puntos en el índice de corrupción y tienen constituciones que van desde los 98 artículos a los 375 artículos" Canova *et al.*, 2021, pp. 680-681).

de corrupción. Este análisis les permitió a los autores afirmar que, desde un punto de vista teórico, los efectos de la corrupción en los flujos comerciales internacionales son ambiguos. Por un lado, la corrupción puede actuar como una barrera al comercio aumentando el costo de hacer negocios internacionales. Pero, por otro lado, los agentes corruptos pueden facilitar el comercio en países con regulaciones estrictas (hipótesis de "engrasar las ruedas"). Determinar qué factor domina y en qué circunstancias es una cuestión empírica (Gil *et al.*, 2019).

El caso es que los Estados han emprendido la tarea de combatir la corrupción diseñando un complejo entramado normativo que apunta, en primer término, a tipificar como delito penal algunas de las conductas comúnmente calificadas como actos de corrupción, es el caso del peculado, el soborno o la colusión; y, en segundo lugar, ya en el terreno contractual, estableciendo normas para prevenir la corrupción, haciendo énfasis especial en temas relativos a la obligación de transparencia y en el establecimiento de rigurosos deberes precontractuales.

Sin embargo, suele notarse que el mayor interés en la regulación de la corrupción viene del derecho penal, rama del Derecho que ha sido habitualmente utilizada como un arma fundamental en la lucha contra la corrupción, pero que, en nuestra opinión, no ha tenido un impacto suficiente en el combate contra este flagelo. Las cifras de corrupción así parecen demostrarlo.

En tal sentido, Bonell y Meyer (2015) han reconocido esta situación y destacan la manera en la que los tratados internacionales suelen exhortar a los Estados para que tipifiquen como delitos las conductas corruptas, incluso destacan la expansión del ámbito territorial del derecho penal al trasladar el foco de atención desde el lugar donde ocurre el incidente de corrupción hasta el lugar donde ocurre la oferta, es decir, el país de origen del soborno. La Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de 1997 —ratificada por Colombia— así lo ha hecho.

Sin embargo —continúan Bonell y Meyer (2015)—, la experiencia práctica ha demostrado que el derecho penal por sí solo no puede hacer frente a esta difícil tarea; otras ramas del Derecho también deben contribuir a la consecución de este objetivo común. Así, la lucha contra la corrupción se ha convertido en un tema de moda en muchas áreas del Derecho, como el derecho tributario y el derecho laboral; también se refleja en la optimización de las reglas de contratación pública, en el gobierno corporativo e incluso

en el arbitraje. Pero en este panorama, el derecho contractual ha sido subestimado.

Ello, a pesar de que, en fase precontractual, los Estados han reforzado las obligaciones de diligencia, regulando con cierto detalle los procesos de licitación y adjudicación de contratos, incluso en el sector privado, con el objetivo de prevenir y evitar conductas de los funcionarios competentes tendientes a obtener beneficios alejados de los fines últimos de la contratación. No obstante, la atención que la fase precontractual ha merecido en las diversas legislaciones contrasta con la ausencia o poca claridad en la regulación de las consecuencias que, desde el punto de vista estrictamente contractual, pueden producir los contratos precedidos por actos de corrupción.

En buena medida, la respuesta en tales casos apunta a la nulidad del contrato, bien sea por aplicación de normas especiales, bien sea por considerar la afectación del elemento, causa que puede producirse en estos casos. Sin embargo, hay casos en los cuales la nulidad, más que prevenir que las conductas corruptas vuelvan a producirse, las alienta, al liberar al agente de las obligaciones derivadas del contrato. Por tal razón, nuestra idea con este trabajo es evaluar la solución más eficiente en estos casos, considerando la respuesta —o su ausencia— que se ha dado desde los ordenamientos colombiano y venezolano. Pero antes de llevar adelante esta valoración, debemos precisar algunos conceptos fundamentales para la mejor comprensión de este trabajo. Veamos.

Corrupción. Nociones generales

No existe un concepto unívoco de corrupción. Según afirman Bonell y Meyer (2015), tres tipos de obstáculos se interponen en la tarea de definirla: las fronteras estatales, pues lo que es corrupción en un Estado puede no serlo en otro; los límites interdisciplinarios, pues la corrupción es vista no solo desde el Derecho, sino también desde otras disciplinas, y, finalmente, los límites intradisciplinarios, pues incluso desde el punto de vista del Derecho, las diversas ramas jurídicas tienen perspectivas diversas respecto de la corrupción, que atienden a los propósitos de cada una de esas ramas.

Los tratados que regulan la corrupción, entre los que se destacan la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de 1997; la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1997 y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción del 2003 —las tres vigentes en

Colombia y solo las dos últimas en Venezuela—, no se han animado a definirla, conformándose, tal como ocurre con la mayoría de las legislaciones internas, con enumerar ciertas conductas consideradas como corruptas.

Según puede leerse en la *Guía de lenguaje claro sobre lucha contra la corrupción*, preparada por Transparencia Internacional en el 2009, la corrupción puede ser entendida, de manera muy general, como "el abuso del poder para beneficio propio" (p. 14). El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) (2004), por su parte, define la corrupción como "[e]l mal uso del poder público o de la autoridad para el beneficio particular, por medio del soborno, la extorsión, la venta de influencias, el nepotismo, el fraude, el tráfico de dinero y el desfalco" (p. 2).

Esta definición ha sido asumida en Colombia en el documento CONPES 167 (2013), en el cual se afirma que corrupción es "el uso del poder para desviar la gestión de lo público hacia el beneficio privado"; y se entiende además que tal concepto "implica que las prácticas corruptas son realizadas por actores públicos y privados con poder e incidencia en la toma de decisiones y la administración de los bienes públicos" (pp. 18-19).

En el 2017 se publicó la *Guía anticorrupción para empresas*, un esfuerzo conjunto entre la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito y la Cámara de Comercio de Bogotá. En ella se entiende a la corrupción como un fenómeno que involucra tres elementos fundamentales: una relación de poder o confianza, el desvío de poder y la obtención de un beneficio particular. A estos elementos pueden añadirse otros que —tal como se reconoce en la guía citada— dan lugar a diversos tipos de corrupción.

Así, la corrupción puede ser pública o privada, en función de la cualidad de las personas que participen en ella; puede ser pluripersonal o unipersonal, según la cantidad de actores involucrados. En función de la valoración que se hace del comportamiento, puede ser blanca —la mayoría de las personas no lo concibe como un acto corrupto—, negra —todos lo consideran como un acto corrupto— o gris —algunos consideran que se trata de un acto corrupto, otros no—. La corrupción puede ser legislativa, administrativa, judicial, electoral o política, en función del sector involucrado. Puede tratarse de gran corrupción cuando afecta los niveles centrales del gobierno, o pequeña corrupción cuando implica el intercambio de pequeñas sumas de dinero, concesión de pequeños favores, empleo de familiares o amigos, entre otros.

Además, la corrupción puede ser ocasional —cuando es la excepción, no la regla—, sistémica —si se trata de una práctica común— o endémica

—cuando ha permeado la mayoría de las instituciones y procesos del Estado—. Finalmente, la corrupción puede ser activa, cuando se verifica una actuación intencionada; o pasiva, cuando el agente ofrece la oportunidad para la comisión de actos corruptos.

En todo caso, la corrupción es un concepto tan amplio que, tal como hemos afirmado, más que definirse, suele describirse mediante las conductas que pueden calificarse como tal. Así, por ejemplo, el artículo VI.1 de la Convención Interamericana contra la Corrupción entiende como actos corruptos el requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; el ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; la realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero; el aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo, y la participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el citado artículo.

Conviene considerar que la corrupción ha sido vista como un problema propio del sector público, no obstante, en el sector privado también se observan estas prácticas. Tal vez con esto en mente, en 1977 la Cámara de Comercio Internacional publicó sus Reglas para Combatir la Corrupción, convirtiéndose en el primer organismo privado en ocuparse del tema. Estas reglas fueron actualizadas en el 2011 y en ellas, luego de establecer una serie de prácticas prohibidas entre las que se destacan el soborno, la extorsión, el tráfico de influencias y el lavado de dinero producto de estas prácticas (Parte I), establece políticas corporativas para el cumplimiento de estas reglas (Parte II) y los elementos para un programa corporativo de cumplimiento eficiente (Parte III). Dichas reglas pueden ser incluidas en los con-

tratos mediante la llamada "Cláusula Anticorrupción", cuyas posibilidades de expresión también han sido publicadas por la ICC (Cámara de Comercio Internacional, 2012).

La corrupción en los derechos colombiano y venezolano

Tanto en Colombia como en Venezuela, la corrupción es tratada como un delito. En el caso de Colombia, el Código Penal (2000), en el libro relativo a los delitos contra la administración pública, establece como tipos penales al peculado (arts. 397-403A), la concusión (art. 404), el cohecho (arts. 405-407) y añade normas sobre la celebración indebida de contratos (arts. 408-410A). Además, el Estatuto Anticorrupción (República de Colombia, 2011), establece en su Capítulo VII una serie de medidas administrativas para la prevención y lucha contra la corrupción, fortaleciendo el sistema de vigilancia contractual y permitiendo a las entidades sometidas a la Ley 80 de 1993, mediante la cual se establece el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, declarar el incumplimiento, cuantificar los daños derivados del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato y hacer efectiva la cláusula penal; fortaleciendo los controles en la contratación directa, los criterios de selección de contratistas y la transparencia en la contratación de menor cuantía, entre otras medidas. Conviene además mencionar la Ley 1712 de 2014, sobre Transparencia y Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional, cuyo objeto es "regular el derecho de acceso a la información pública, los procedimientos para el ejercicio y garantía del derecho y las excepciones a la publicidad de información" (República de Colombia, 2014, art. 1).

En el caso de Venezuela, la regulación está concentrada en la Ley contra la Corrupción (República Bolivariana de Venezuela, 2022). Esta ley, luego de establecer como "principios rectores para la administración, manejo, custodia y salvaguarda del patrimonio público: la honestidad, probidad, decoro, honradez, transparencia, participación ciudadana, eficacia, eficiencia, legalidad, colaboración, rendición de cuentas, responsabilidad y corresponsabilidad" (art. 6), consagra como tipos penales la promesa, ofrecimiento o concesión de beneficios o ventajas (art. 52); el enriquecimiento ilícito (art. 53); la apropiación o distracción del patrimonio público (art. 59); el uso indebido de bienes del patrimonio público (art. 61); el destino diferente a fondo o rentas públicas (art. 63); la aplicación diferente a fondo o rentas

públicas (art. 64); la evasión de procedimientos, controles o restricciones en licitaciones (art. 65); los excesos para contraer gastos o deudas (art. 66); el soborno (arts. 67 a 69, 71 y 90); la persuasión e inducción a delinquir (art. 70); el uso indebido de información o datos reservados (art. 73); el acto arbitrario (art. 74); el favorecimiento o perjuicio electoral (art. 75); la cobranza de impuestos o tasas por medios no autorizados (art. 76); el concierto para la celebración de contratos (art. 77); la obtención de ventajas o beneficios económicos (art. 78); la procura de utilidades ilegales por actos de la administración (art. 79); el incremento injustificado de patrimonio (art. 80); el provecho o distracción de dinero, valores o bienes públicos (art. 81); la ausencia o disconformidad de balances (art. 82); el falseamiento u ocultamiento de datos en la declaración jurada de patrimonio (art. 83); la expedición de falsas certificaciones (art. 84); el ocultamiento, inutilización o alteración de libros (art. 85); el valimiento de relaciones (art. 86); la procura o pago de utilidades, ventajas o beneficios económicos (art. 87); la apertura de cuentas indebidas (art. 88) y la denuncia o acusación falsa (art. 89).

Ahora bien, ambos Estados han emprendido esfuerzos en su lucha y prevención de la corrupción. Quizá con mayores resultados en Colombia, pues la transparencia en los procesos del Estado fue una de las exigencias para su ingreso a la OCDE. No obstante, la corrupción no ha dejado de ser un problema. Así lo reconoce en el ámbito colombiano el citado documento CONPES 167 que entiende que "las oportunidades para materializar los riesgos de corrupción en la contratación estatal persisten" (CONPES, 2013, p. 36).

En efecto, este documento cita los resultados de la Encuestas sobre Ambiente y Desempeño Institucional, aplicadas por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) del 2012, en los que se afirma que el 55 % de los contratos celebrados fueron contratos de servicios, con la posible existencia de nóminas paralelas e institucionalización de vinculación de personal con contratos temporales, lo cual permite "relacionar estrechamente el exceso en la contratación de personal por vía directa y por contratos de prestación de servicios con vínculos personales, familiares o políticos, lo que eleva el riesgo de corrupción para la toma decisiones de carácter imparcial" (CONPES, 2013, p. 35).

Más recientemente, en el Informe Colombia sobre Seguimiento al Compromiso de Lima (Observatorio Ciudadano de Corrupción, 2021a), el Observatorio Ciudadano de Corrupción reporta ciertos avances representados, fundamentalmente, por la aprobación de la ley 1882 del 2018 por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer

la contratación pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones. Esta ley ordena la publicación obligatoria de la totalidad de las etapas de contratación en la plataforma del Sistema de Contratación y Compras del Estado (SECOP), lo cual contribuye con la transparencia. No obstante, en el reporte se reconoce que a partir de la información publicada en el SECOP también se evidencian ciertos problemas relacionados, fundamentalmente, con la calidad de los datos registrados, los tiempos de publicación y la actualización de la plataforma. La ley 1882 del 2018 fue modificada por la ley 2022 del 2020, mediante la cual se ordena a la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente o quien haga sus veces, la adopción de documentos tipo que serán de obligatorio cumplimiento en la actividad contractual de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

La Agencia Nacional de Contratación Pública-Colombia Compra Eficiente (ANCP-CCE), ente rector en materia de contratación pública, incorporó como requisito el denominado "compromiso anticorrupción", de manera que los proponentes deben declarar y comprometerse a tomar las medidas necesarias para garantizar la transparencia en la celebración y ejecución del contrato.

El caso de Venezuela, por su parte, resulta dramático. En el informe "Seguimiento al Compromiso de Lima", publicado en el 2021 por el Observatorio Ciudadano de Corrupción (2021b), se admite que

> [l]as investigaciones realizadas, durante más de diecisiete años, por Transparencia Venezuela han permitido identificar un patrón de Gran Corrupción que, en forma generalizada y sistemática, ha capturado a las instituciones y los recursos públicos para beneficio de pequeños grupos con acceso y control del poder en Venezuela (p. 7).

El propio informe refiere algunos elementos que contribuyen a este desolador panorama: el monopolio en sectores económicos, producto de los esfuerzos del Estado por "incrementar su poder de mercado y convertirse en el único propietario y administrador de productos, bienes y recursos esenciales para los ciudadanos"; la adopción de políticas que han servido como incentivos a la corrupción, entre las que destaca el control de cambios y el control de precios; el gasto público discrecional; la participación del estamento militar en diversos órganos del Estado; el permanente estado de emergencia en que se ha mantenido al país, permitiéndole al Gobierno

incrementar sus potestades y suprimir los controles ejercidos por otros órganos del Estado; la impunidad institucionalizada; la opacidad y ausencia de rendición de cuentas; el impulso a la desinformación y la hegemonía comunicacional que mantiene el Gobierno; las designaciones en altos cargos, no por mérito, sino por lealtad; la legalización de grandes sumas de dinero y bienes provenientes de la corrupción, mediante redes internacionales que involucran gobiernos, empresas y otros grupos extranjeros, y, finalmente, el consecuente impacto de la corrupción en la violación de los derechos humanos de los venezolanos y la criminalización de la protesta (Observatorio Ciudadano de Corrupción, 2021a, pp. 8-13).

En materia de contrataciones públicas, el Observatorio destaca en su informe (2021a) la vigencia de la Ley de Contrataciones Públicas (República Bolivariana de Venezuela, 2014), instrumento cuyo principal problema no es no adaptarse plenamente a los parámetros internacionales de transparencia, competencia y uso de tecnologías, sino el hecho de no ser aplicado por las instituciones. En Venezuela la contratación directa, de carácter excepcional en la ley, se ha convertido en la regla. A esto se suma el hecho de que los datos relativos a los contratos adjudicados, los pagos efectuados y los porcentajes ejecutados no son publicados (Observatorio Ciudadano de Corrupción, 2021b).

Como se ve, el ámbito de los contratos parece terreno fértil para la corrupción. Los esfuerzos llevados adelante por los Estados no parecen suficientes y, en su labor de prevención y sanción de la corrupción, lamentablemente el Derecho de los contratos no es visto como una herramienta eficiente. Cuando un contrato es afectado por actos de corrupción, la sanción del agente es dejada en manos del derecho penal y, desde el Derecho de los contratos, la nulidad del acuerdo parece ser la única salida posible.

Actos de corrupción en los contratos

Una de las conductas corruptas más frecuente en la contratación, tanto pública como privada, es el soborno o cohecho. El artículo 1.1. de la convención de la OCDE sobre la lucha contra el cohecho entiende que esta figura se pone de manifiesto cuando una persona, de manera deliberada, ofrece, promete o concede alguna "ventaja indebida pecuniaria o de otra índole a un servidor público extranjero". Tales conductas pueden desarrollarse de forma directa o mediante intermediarios, en beneficio propio o de un tercero. La ventaja indebida tiene por objeto

> Que ese servidor actúe o se abstenga de hacerlo en relación con el cumplimiento de deberes oficiales, con el propósito de obtener o de quedarse con un negocio o de cualquier otra ventaja indebida en el manejo de negocios internacionales (OCDE, 1997, p. 6).

La Convención de las Naciones Unidas se refiere al cohecho distinguiendo los casos en los que intervienen funcionarios públicos, sean nacionales (art. 15), o extranjeros o pertenecientes a organizaciones internacionales (art. 16), de aquellos que se desarrollan en el sector privado (art. 21). En todos los casos se entiende, por un lado, la promesa, ofrecimiento o concesión al funcionario o ente privado, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido en provecho propio o de otra persona o entidad, con el objeto de que dicho funcionario o ente privado actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones; y, por otro, la solicitud o aceptación por un funcionario o ente privado, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido en provecho propio o de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario o ente privado actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones.

Por su parte, el artículo VI de la Convención Interamericana contra la Corrupción, al enumerar los actos de corrupción a los cuales se aplica ese instrumento, se refiere, en primer lugar, al requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas. También se considera un acto de corrupción incluido en la Convención el hecho de ofrecer u otorgar tales ventajas en las condiciones indicadas. No obstante, al referirse al "soborno transnacional", en el artículo VIII se limita a la oferta y el otorgamiento de ventajas indebidas.

En el ámbito de la Unión Europea, destaca el Convenio Civil sobre la Corrupción (1999), en cuyo artículo 2 se identifica la corrupción con el soborno. En efecto, de conformidad con esta norma:

> se entenderá por corrupción el hecho de solicitar, ofrecer, otorgar o aceptar, directa o indirectamente, un soborno o cualquier otra ventaja indebida o la promesa de una ventaja indebida, que afecte al ejercicio normal de una función o al comportamiento exigido al beneficiario

> del soborno, de la ventaja indebida o de la promesa de una ventaja indebida.

Finalmente, tanto el Código Penal colombiano (arts. 405 a 407) como la Ley contra la Corrupción venezolana (arts. 67 a 69, 71 y 90) califican al soborno como delito. Estos instrumentos estatales, tal como ocurre con los tratados antes citados, hacen hincapié tanto en la promesa, el ofrecimiento o la concesión directa o indirecta de una ventaja indebida, como en la solicitud o aceptación directa o indirecta de la misma, para que un funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones.

En materia de contratos, el soborno está presente en el esquema básico de la corrupción. En efecto, la forma más simple del intercambio corrupto es una relación triangular que involucra al principal, al agente y al pagador del soborno (Bonell y Meyer, 2015). Entre el principal y el agente existe una relación que puede revestir las más variadas formas. Así, el agente puede ser empleado del departamento de compras o incluso ser director general de una empresa, en todo caso, se trata de un sujeto que está en una posición que le permite actuar en nombre del principal y contratar con terceros, lo que requiere que exista cierta confianza entre ambos. El tercero vulnera esa relación de confianza y ofrece u otorga secretamente un beneficio al agente, beneficio que comúnmente es monetario, pero que puede también incluir beneficios de cualquier otro tipo, tales como joyas, invitaciones a viajes costosos, títulos honorarios o, incluso, favores sexuales.[3]

Bonell y Meyer (2015) destacan además el rol de la intermediación en estas relaciones, pues debido al carácter ilícito de las relaciones que giran en torno al pago del soborno, es común recurrir a un tercero que evite que las partes participen directamente en estos tratos. La intermediación, reconocen los autores, reviste muchas y muy variadas formas, siendo la consultoría una de las más comunes. Los autores reconocen que los servicios de consultoría son frecuentes en el comercio internacional y pueden ser un enfoque sensato, por ejemplo, con respecto a la situación política o económica en el país de destino o con respecto a las costumbres y prácticas regionales. Sin embargo, continúan Bonell y Meyer (2015), entre el rebaño de consultores hay ovejas negras cuya actividad principal o única consiste en canalizar sobor-

3 Bonell y Meyer (2015) citan, respecto de la naturaleza del beneficio, el caso Korea Spply Co. Vvs. Lockheed Martin Corp., de 2003, en el cual el demandado presuntamente sobornó a funcionarios públicos coreanos con favores sexuales en un negocio de armas.

nos a personas influyentes. Estas personas tienen a su disposición tanto los contactos políticos como el *know-how* para tales transacciones encubiertas. Para ello, hay un esquema común: A contrata a B para iniciar la celebración de un contrato con D. A cambio de las actividades que va a desarrollar B —muy superficialmente descritas en el contrato de consultoría— este recibirá una generosa tarifa de contingencia que, en parte, se dedicará al pago de sobornos.

Para poner de manifiesto el carácter aparentemente lícito del soborno, debido a las formas que adopta en la práctica, las reglas de la ICC (2012) se refieren al soborno, en el artículo 1.a, y luego de definirlo de manera similar a la antes descrita, establecen que

> el soborno con frecuencia incluye (i) el compartir parte del pago de un contrato adjudicado, ya sea con el gobierno, funcionarios de partidos o empleados de la otra parte contratante, o sus parientes, amigos o Socios Comerciales o (ii) utilizar intermediarios tales como agentes, subcontratistas, consultores u otros terceros, para canalizar pagos al gobierno o funcionarios de partidos, o a empleados de la otra parte contratante, sus parientes, amigos o socios comerciales (p. 6).

El soborno, en todo caso, supone un acuerdo independiente del contrato cuya adjudicación se persigue. Por ello, es común distinguir —y así lo hacen Bonell y Meyer[4] y los Principios TransLex[5]— entre contratos de corrupción y contratos por corrupción. Antes de entrar en el análisis de ambos tipos de contratos haremos una breve referencia a un caso lamentable, muy sonado en nuestro continente: el caso Odebrecht.

Un ejemplo tristemente célebre: el caso Odebrecht

En el 2016, en el curso de un proceso llevado por la Corte de Distrito de Nueva York, en el caso Odebrecht y Braskem, una de las filiales de Odebrecht, los representantes de estas empresas, con el objetivo de mitigar las sanciones a sus prácticas corruptas, aceptaron la culpabilidad en la violación

4 Los autores se refieren a “contracts providing for corruption” y “contracts procured by corruption” (Bonell y Meyer, 2015, p. 6).

5 Los Principios TransLex, en el principio IV.7.2, distinguen entre “contracts providing for the payment or transfer of bribes” y “contracts procured by the payment or transfer of bribes”.

de la Foreign Corrupt Practices Act de 1977 y acordaron pagar una multa de al menos 3,5 mil millones de dólares por los cargos en Estados Unidos, Brasil y Suiza, habiendo pagado cientos de millones de dólares en sobornos alrededor del mundo.

Según se lee en la nota de prensa del Departamento de Justicia de Estados Unidos (2016), Odebrecht, que contaba en su estructura con una especie de "Departamento de Sobornos", se involucró en un esquema masivo e incomparable de soborno y manipulación de licitaciones a partir del 2001 y durante más de una década. Durante ese tiempo, Odebrecht pagó aproximadamente 788 millones de dólares en sobornos a funcionarios del gobierno, sus representantes y partidos políticos, en varios países, con el fin de ganar negocios en ellos. La conducta delictiva fue dirigida por los niveles más altos de la empresa, y los sobornos se pagaron a través de una compleja red de empresas fantasmas, transacciones fuera de libros y cuentas bancarias extraterritoriales.

El impacto en América Latina fue importante. Los mecanismos propios del derecho penal se activaron, se abrieron averiguaciones, se inició la judicialización de altos funcionarios, algunos de cuales fueron incluso privados de libertad. Los distintos Estados iniciaron averiguaciones enfrentando la encrucijada de no permitir la impunidad y la necesidad de no frenar los grandes proyectos de infraestructura confiados a la empresa brasileña.

En Perú, por ejemplo, a raíz de este caso se modificó el Decreto Ley 1071 que norma el arbitraje (2008), mediante el Decreto de Urgencia 020 de 2020. A partir de la modificación, los casos que involucren al Estado en causas cuya cuantía sea mayor a diez mil dólares deben ser atendidos en arbitraje institucional. Además, se exige fianza como contracautela para la ejecución de medidas cautelares y se prohíbe actuar como árbitros a quienes hayan tenido contacto previo con el caso sometido a arbitraje.

En Venezuela, por su parte, se generó mucho ruido, pero pocos fueron los resultados. En el 2017, luego de conocerse el acuerdo, el Ministerio Público abrió averiguaciones, se allanaron las oficinas de Odebrecht en Caracas y se dictaron algunas medidas cautelares. Sin embargo, la llegada de un nuevo fiscal general, nombrado por la cuestionada Asamblea Nacional Constituyente, supuso la persecución de los fiscales nombrados en el caso, uno de los cuales está preso, y el otro en el exilio.

En un informe publicado en el 2018 por Transparencia Venezuela se puso de manifiesto la estrecha relación de Odebrecht con Venezuela, la cual inició durante el gobierno de Hugo Chávez y continuó en el de Nicolás Ma-

duro. No obstante, la falta de transparencia en relación con los contratos, los pagos y demás detalles de las negociaciones dificulta dimensionar el impacto del caso Odebrecht en el país. Transparencia Venezuela ("Informe Odebrecht", 2018) afirma haber identificado 33 obras y 40 contratos suscritos por algunos ministerios venezolanos, o entes adscritos a ellos, con Odebrecht —36 de ellos en la administración Chávez—, pero la organización solo tuvo acceso a nueve contratos, y solo logró ubicar información importante sobre dieciocho. De las 33 obras identificadas, solo nueve han sido terminadas.

En el 2017, presionado por los escándalos de la constructora brasileña, Maduro anunció la paralización de todas las obras en curso y la reasignación de los contratos a empresas venezolanas. Sin embargo, Transparencia Venezuela ("Informe Odebrecht", 2018) hace énfasis en las dificultades de una decisión semejante, pues difícilmente esos proyectos con Odebrecht puedan ser cerrados y finiquitados desde el punto de vista financiero, de manera que se debe dar continuidad a las obras inacabadas y permitir a Venezuela acceder a las indemnizaciones correspondientes. Actualmente, según los cálculos de Transparencia Venezuela, el país adeuda cerca de 16 mil millones de dólares a Odebrecht.

En el 2019, el Ministerio de Transporte anunció que asumiría 17 de los contratos celebrados con Odebrecht y que concluiría las obras ("Gobierno venezolano termina contratos con Odebrecht", 2019). No obstante, el 14 de abril del 2021, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia admitió tres demandas interpuestas el 3 de noviembre del 2020 por los abogados de la constructora brasileña, con fundamento en el silencio del Ministerio frente a su solicitud de no dar por terminados los contratos. La Sala, aunque admitió las demandas, rechazó decretar medidas de suspensión de la decisión del Ministerio argumentando que pronunciarse sobre las medidas podía suponer adelantar su decisión sobre el fondo del litigio. En marzo del 2022, la Sala anunció en una nota de prensa, sin mayores explicaciones, suspensión "hasta nuevo aviso" de las audiencias que debían realizarse entre los días 10 y 17 de marzo del 2022.

El 28 de septiembre del 2021 Maduro había aprobado 17,5 millones de dólares para la continuación de la línea 5 del Metro de Caracas, y una cantidad semejante para reactivar el proyecto del tren Guarenas-Guatire, ambos proyectos inacabados de Odebrecht ("Venezuela: Nicolás Maduro aprueba fondos para obras inconclusas de Odebrecht", 2021). Nada se ha informado, sin embargo, sobre las consecuencias financieras de las terminaciones de los contratos.

Con respecto a Colombia, en el acuerdo firmado por directivos de Odebrecht en Nueva York se afirmó el pago de 11,5 millones de dólares, lo cual condujo a la judicialización de diversos funcionarios, de los cuales, hasta ahora, se ha condenado a once, incluyendo un exviceministro de infraestructura, por cohecho y delitos afines ("Los 11 condenados en Colombia por el escándalo de Odebrecht", 2019). Además, es importante mencionar la nulidad del contrato de obras celebrado con la Concesionaria Ruta del Sol, al cual, por su importancia para nuestro trabajo, nos referiremos con detalle *infra*.

Contratos de corrupción y contratos por corrupción

Tal como hemos adelantado, antes de tomar partido por la nulidad, hemos de distinguir entre los contratos de corrupción, es decir, aquellos celebrados para llevar adelante un acto corrupto como el soborno, y los contratos por corrupción, que son acuerdos cuya celebración es precedida por actos de corrupción. Veamos.

Contratos de corrupción

Con la expresión contratos de corrupción —*contracts providing for corruption*— se hace referencia a los acuerdos que tienen por objeto el pago de una cantidad para obtener una ventaja indebida. Es el contrato de soborno, cuya ilegalidad —según afirman Bonell y Meyer (2015)— requiere oscuridad para encubrir la conspiración y el secreto de las negociaciones en las que confluyen sobornador y agente, así como el posterior canje de los beneficios. Tengamos en cuenta que es común que el soborno sea calificado como delito penal.

Las características del contrato de corrupción nos conducen a afirmar su nulidad. Sin embargo, el Convenio de la OCDE prefirió no pronunciarse al respecto, y en su artículo 3.4 deja a discreción de los Estados la consideración de la imposición de sanciones civiles. Por su parte, el ya citado Convenio Civil sobre la Corrupción ordena a los Estados parte, en su artículo 8, que dispongan en su derecho interno "la nulidad de todo contrato o de toda cláusula contractual que tenga por objeto un acto de corrupción".

En un sentido similar, los Principios TransLex disponen, en su artículo IV.7.2.a, que "[c]ontracts providing for the payment or transfer of bribes are void". En los comentarios a estos principios puede leerse que los derechos de las partes en estos contratos no merecen protección legal, y esta

negativa tiene como objetivo socavar la confianza mutua entre las partes y alentarlas a abandonar sus promesas ilegales ("Principle N.º IV.7.2", s. f.). Con esta solución, la nulidad, más que una sanción que afecta la validez del acuerdo se convierte en un elemento persuasivo, sobre todo porque, tal como referiremos *infra*, su efecto retroactivo no se traduce, en estos casos, en la restitución de lo eventualmente pagado.

Así, es común que los distintos sistemas rechacen la posibilidad de hacer valer estos contratos ante un tribunal, de manera que, por ejemplo, el incumplimiento de la promesa de una ventaja indebida no ha de conceder acción a la víctima de tal incumplimiento para ejercitar los remedios correspondientes ante la autoridad judicial o arbitral competente. Tampoco suele admitirse, según hemos adelantado, una acción para recuperar lo indebidamente pagado.

Ahora bien, aunque en los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, cuya última versión es del 2016, no se hace expresa referencia a los contratos de corrupción, estos sí son considerados al tratarse el tema de la ilicitud. En efecto, tal como ocurre en la mayoría de los diversos ordenamientos jurídicos, aunque no hay una norma expresa que se pronuncie sobre la suerte de un contrato de corrupción, la respuesta viene de manos de las reglas generales sobre licitud o legalidad de los acuerdos.

En el caso de los Principios UNIDROIT, el artículo 3.3.1, incluido en la sección referida la "ilicitud", regula los casos de "contratos que violan normas de carácter imperativo", las cuales, de conformidad con el artículo 1.4, pueden ser "de origen nacional, internacional o supranacional", y resultar "aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado".

La norma contenida en el artículo 3.3.1 no se pronuncia expresamente respecto de los efectos derivados de la violación de estas normas, sino que, más bien, deja su determinación a lo que disponga la norma violada o a lo que se considere razonable, cuando la norma no disponga expresamente tales efectos. Para la determinación de lo que se considera razonable, el párrafo 3 del artículo comentado ordena tener en cuenta, entre otros criterios, la finalidad de la norma violada, las categorías de personas que la norma busca proteger, la sanción impuesta por la norma violada, la gravedad de la violación, el hecho de que una o ambas partes hayan conocido o hayan debido conocer la violación, y el hecho de que el cumplimiento del contrato conlleve la violación y las expectativas razonables de las partes.

Ahora bien, cuando en los comentarios a este artículo se hace referencia a las formas en las que un contrato puede contrariar a las normas

imperativas, se menciona, en primer lugar, el caso de un contrato que viola normas imperativas en virtud de sus propias cláusulas. En estos supuestos se destacan los casos de corrupción y fraude. Precisamente, los dos primeros ejemplos referidos involucran el pago de sobornos. En el primer caso, el pago de comisiones estaría expresamente prohibido por los ordenamientos jurídicos de los dos Estados involucrados, y, en el segundo caso, tal pago, sin estar expresamente prohibido por la ley, violaría principios de orden público (Principios UNIDROIT, 2016, pp. 137-138).

En todo caso, la vulneración de una norma o de un principio protegido por el orden público es, precisamente, la condición valorada para determinar la ilicitud de una conducta y la consecuente nulidad del acuerdo,[6] y esta manera de proceder es algo común en el derecho comparado. En efecto, la ilicitud suele medirse respeto de la conformidad o inconformidad con normas imperativas, principios protegidos por el orden público, o las buenas costumbres. Aunque cada vez son menos las referencias a estas últimas en las codificaciones modernas, algunas de las cuales las identifican con el orden público, las buenas costumbres están pensadas para funcionar —afirma Mélich (2006)— como "un mero complemento de la eticidad implícita en el complejo de las normas del ordenamiento positivo", con el cual "se busca impedir que allí donde falte todavía un principio de orden público aplicable, pueda utilizarse la autonomía privada para dar fuerza legal a ciertas conductas que están en contraste con la moralidad pública" (pp. 232-233).

Podemos entonces afirmar que, con muy sutiles diferencias entre los ordenamientos jurídicos, los contratos cuya prestación es el pago de un soborno, además de ser contrarios a la ley —el soborno es un delito— y al orden público —que atenta contra los principios esenciales del sistema— pueden calificarse como contrarios a las buenas costumbres, debido a su inmoralidad.

Kreindler y Gesualdi (2015) sostienen que este tipo de acuerdos no solo son nulos por disponerlo así el Derecho que les es aplicable, sino también de acuerdo con el "orden público internacional"[7] —*international public*

6 Se trata, de hecho, de una nulidad *ab initio* (Kreindler y Gesualdi, 2015, p. 401).

7 En otras oportunidades nos hemos mostrado en desacuerdo con esa expresión aplicada al rechazo a la aplicación del Derecho extranjero cuando resulte manifiestamente contrario a los principios esenciales del Estado del juez (Madrid, 2012, p. 209). No obstante, este cobra especialmente importancia en el mundo del arbitraje en el que ha de entenderse como un mecanismo de protección de principios morales universalmente reconocidos en todas las áreas, especialmente en materia de

policy— o, incluso, de conformidad con ambos. Los autores citan, respecto de esta idea, los laudos ICC 6248 de 1990 y 3913 de 1981. En el primero se declaró nulo el contrato de corrupción por considerarse contrario a las buenas costumbres, tanto de acuerdo con el derecho aplicable al contrato como de conformidad con el orden público internacional. En el segundo, el contrato de soborno se declaró nulo por ser contrario al orden público interno francés y al orden público internacional.

Así, puede verse que gran parte de los sistemas que respondieron el cuestionario que, en el 2013 circuló entre sus miembros la Academia Internacional de Derecho Comparado sobre los efectos civiles de la corrupción, admitió que un contrato de corrupción —generalmente con la forma de un contrato para el pago de un soborno— es un contrato ilícito por ser ilegal. Así lo admiten, por ejemplo, los ordenamientos ruso[8] y chino, aunque en este último caso, la ilegalidad, para ser calificada como tal, debe afectar normas imperativas contenidas en las leyes adoptadas por el Congreso Nacional del Pueblo o su Comité Permanente, o en reglamentos administrativos del Consejo de Estado (Liu y Ren, 2015). En otros sistemas, como el alemán,[9] el italiano,[10] el neerlandés,[11] el portugués[12] o el suizo,[13] el contrato de corrupción, además de ser contrario a una disposición imperativa y ser por ello ilegal, también es considerado como un contrato inmoral o contrario al orden público.

---

negocios internacionales (Matray, 1982, p. 244). Dentro de estos principios, Bucher (1995, p. 232) se refiere a la prohibición de los acuerdos que consagren prácticas de corrupción.

8 Es el caso del sistema ruso, pues "Russian law bans giving bribes to both public officials and officers of private companies. In turn, a contract to commit an illegal action is invalid as a matter of Russian law" (Usoskin, 2015, p. 294).

9 "The bribery contract is void for both illegality (Gesetzeswidrigkeit) and immorality/violation of public policy (Sittenwidrigkeit)" (Weller, 2015, p. 176).

10 "In Italy the bribery contract (the agreement between the briber and the bribetaker) is void on the grounds both of illegality (infringing mandatory rules) and immorality/violation of public policy (ordine pubblico e buon costume)" (Mariani, 2015, p. 193).

11 "The DCC provides the grounds upon which contracts tainted by corruption may be declared unenforceable. There are two primary categories (1) invalidity as contrary to public order and morality under Art 3:40(1) DCC and (2) invalidity on ground of being contrary to mandatory law under Art 3:40(2) DCC" (Makinwa y Kramer, 2015, p. 213).

12 La doctrina portuguesa aclara que la ilicitud del contrato de soborno excede el objeto del contrato e impacta su contenido (de Lima Pinheiro, 2015).

13 "The bribery contract as such is null and void as a consequence of its contents being illegal or (if not illegal) being contra bonos mores" (Kissling, 2015, pp. 360-361).

En Canadá, por ejemplo, se distinguen los casos en que el contrato es contrario a la ley, en particular a la Corruption of Foreign Officials as a Criminal Offence, de aquellos contratos para cometer delitos o ciertos agravios (particularmente fraude) y para defraudar a las autoridades públicas, los cuales se han declarado inejecutables por violar el orden público del *common law* (Karton y Shervill, 2015).

Algo semejante ocurre en el Derecho inglés, en el que la ilegalidad deriva de una prohibición expresa o tácita contenida en una ley o en el *common law*. Así, es posible que los jueces ingleses rechacen la ejecución de un contrato, a pesar de que no exista una prohibición legal expresa o tácita, cuando ese contrato se considere *injurious for society*, expresión bajo la cual se incluyen diversas formas de ilegalidad, "such as contracts against the public good, contracts constituting the commission of a crime, contracts driven by sexual immorality, contracts presenting risks to public safety or contracts that have arisen ex turpi causa" (Marique, 2015, pp. 147-148).

En el caso de Dinamarca, aunque el soborno es calificado como un delito por el artículo 122 del Código Penal, un contrato que implique dar o recibir un soborno es considerado como contrario al orden público, noción que, al traducir parámetros morales de la sociedad danesa, hace que el contrato sea considerado, además, inmoral (Damsholt y Langsted, 2015). Lo propio ocurre en Estados Unidos, donde la penalización del soborno en la Federal Corrupt Practices Act y en algunas normas estatales hace que un contrato que lo estipule se considere contrario al orden público (*public policy*) y sea, por ello, inejecutable (Ala'i, 2015).

No debemos dejar de mencionar que el sistema checo trata al contrato de soborno como un asunto de competencia desleal. En efecto, según señala la doctrina, las disposiciones sobre soborno tienen por objeto sancionar aquellos casos en los que se haya obtenido una prioridad o una ventaja en la competencia, otorgando un determinado beneficio, en detrimento de otros competidores (Valdhans, 2015). De manera similar, en Polonia, este criterio puede resultar determinante para la validez o nulidad del acuerdo, pues si bien la prestación de servicios cuya esencia es ejercer influencia en la empresa privada a cambio de una remuneración es normalmente una actividad lícita, cuando el proveedor de servicios se compromete a realizar acciones que constituyan actos de competencia desleal o que violen las reglas de trato justo, el contrato se verá afectado de nulidad (Pazdan y Zachariasiewicz, 2015).

En el caso de los sistemas colombiano y venezolano la nulidad del contrato de soborno es también un asunto de ilicitud. En el caso de Co-

lombia, tratándose de un delito (Código Penal, arts. 405-407), un contrato que contemple como prestación el pago de un soborno ha de considerarse como un contrato con objeto ilícito al estar prohibido por la ley, tal como lo dispone el artículo 1523 del Código Civil (Hinestrosa, 2015). Igualmente, en aplicación del artículo 1524 del propio Código Civil, puede entenderse que al pactarse un pago "en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral", se trata de un contrato con causa ilícita. En ambos casos, de acuerdo con el artículo 1741 del Código Civil, el resultado es el mismo: la nulidad absoluta (Mantilla, 2007).

Venezuela —que curiosamente fue el único Estado latinoamericano presente en las respuestas al cuestionario de la Academia Internacional de Derecho Comparado— transita por un camino similar. El contrato de soborno se considera nulo, en primer lugar, por la ilicitud de su objeto, pues el objeto de la obligación del sobornado sería una violación de la ley (Código Civil, art. 1155 y Ley contra la Corrupción, arts. 67 a 69). Por la misma razón, este contrato tiene una causa ilícita (Código Civil, art. 1157). Se trata de un contrato simultáneamente ilegal y contrario al orden público y a las buenas costumbres (Madrid y Hernández, 2015).

Ahora bien, para evitar la imposibilidad de hacer valer tales acuerdos ante los tribunales, en la práctica suele recurrirse a la simulación de negocios jurídicos, de manera que se pueda disfrazar u ocultar la ilegalidad que los caracteriza. Es común, tal como hemos advertido antes, la celebración de contratos de consultoría con intermediarios en los cuales se establecen prestaciones tan ambiguas que admiten cualquier tipo de actividades de consultoría y cabildeo.

Por ejemplo, en el caso ICC 5622 de 1992, el tribunal arbitral consideró nulo un contrato de intermediación para la adjudicación de un contrato de obra pública en Argelia, porque consideró que este tipo de contrato estaba prohibido por el Derecho argelino y era considerado inmoral, contrario a las buenas costumbres, por el Derecho suizo, que era competente para regir el contrato.

El pago de comisiones también suele incluirse en esta categoría. Pero también —según afirma Sayed (2004)— los casos en que se produce un aumento en el precio finalmente adjudicado, en relación con el precio originalmente ofrecido, pues este aumento podría, en algunos supuestos, interpretarse como que algunos de los involucrados en la toma de decisiones para la celebración del contrato esperan recibir algún beneficio. El propio autor cita algunos laudos del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional en los cuales se verifica esta situación. Veamos.

En el caso ICC 4145 de 1985 el soborno fue alegado en relación con la asistencia de consultores para obtener aumentos en el proyecto inicial. En opinión del tribunal arbitral, tales aumentos no obedecieron en absoluto a meros incrementos del precio sin contrapartida, lo cual habría sido sospechoso, sino que se debió a un considerable incremento en la cantidad y calidad de la obra ofrecida por el demandado en su primera licitación.

El propio Sayed (2004) estima que el incremento en el precio objetivo puede aumentar debido a variaciones inesperadas del mercado, tales como el incremento en el precio de materias primas, desde el momento en que la oferta se presentó hasta que el contrato fue adjudicado, o debido a las fluctuaciones en la tasa de cambio producida entre las fechas señaladas. En tales circunstancias, la presencia de una comisión prometida, y la discusión entre el licitador y el intermediario sobre si tal comisión obedece a la necesidad de hacer frente a las citadas variaciones o si está referida a actos de corrupción, es determinante.

En el caso ICC 8113 (2000), la fluctuación en la tasa de cambio produjo una sobrecarga de costos en cabeza del contratista, pero no causó un incremento en el precio adjudicado por el gobierno. Sin embargo, esto condujo a que el consultor y el contratista discutiesen sobre cómo responder a esta situación sin modificar el precio. El tribunal arbitral puso de manifiesto que el consultor estuvo de acuerdo en reducir el monto de la comisión acordado originalmente, lo cual le permitió al licitador responder de mejor manera a las presiones del ente de compras públicas de bajar el precio.

En esta materia también puede citarse el caso ICC 9333 (Arnaldez *et al.*, 2009). En este caso, la demandante se comprometió, mediante un acuerdo, a proporcionar ciertos servicios para ayudar a la demandada para que le adjudicasen un contrato de construcción, a cambio de una comisión cuyo monto se fijó en el acuerdo. El 40 % de ese monto se pagó en una cuenta bancaria en un banco suizo y luego no se hizo ningún otro pago. Según la demandada, la política del grupo estadounidense del que había pasado a formar parte le prohibía realizar pagos en un país que no fuera aquel donde se encontraba el agente o donde se prestaban los servicios. Se alegó que esta política se introdujo para cumplir con la Foreign Corrupt Practices Act de Estados Unidos. La demandada cree que los motivos por los que la demandante deseaba recibir el pago en Suiza estaban relacionados con el soborno, considerado como un acuerdo con causa ilícita, y por ello nulo, de conformidad con el Código de Obligaciones suizo.

Ante el incumplimiento, el demandante solicitó al tribunal arbitral el pago de la comisión más los intereses correspondientes y los daños de-

rivados del incumplimiento. La demandada alegó la nulidad del contrato. El tribunal, conformado por un árbitro único, consideró el acuerdo como válido de conformidad con el derecho aplicable, y desestimó la acusación de corrupción debido a la falta de pruebas.

En efecto, el tema probatorio suele ser un serio obstáculo en estos casos. Al respecto, Scherer (2002) se pregunta si sería conveniente exigir estándares de prueba más altos, sobre todo considerando que, usualmente, la parte que acusa a la otra de corrupción es ella misma parte del contrato de corrupción. Al respecto, el autor cita el caso ICC 6401 (1992b), en el cual el tribunal arbitral sostuvo que, de conformidad con el Derecho de Filipinas, así como con el Derecho de Estados Unidos, debería aplicarse el principio de "preponderance of evidence". Sin embargo, con respecto a la acusación de corrupción se aplicaría un estándar más alto:

> clear and convincing evidence… fraud in civil cases must be proven to exist by clear and convincing evidence amounting to more than a mere preponderance, and cannot be justified by a mere speculation. This is because fraud is never to be taken lightly (p. 30).

En el ya citado caso ICC 5622, recuerda el propio autor, el tribunal arbitral exigió pruebas "beyond doubt" (Scherer, 2002, p. 30).

Por ejemplo, en el caso ICC 6497 (1999) se consideró que la negativa del funcionario público de entregar los registros bancarios que acrediten el pago ocasional a terceros se consideró como prueba circunstancial determinante de la irregularidad de los pagos corruptos. La negativa del agente a revelar información sobre sus actividades, sobre la estructura de su grupo también —al lado de la velocidad con la que fue adjudicado el contrato— fue considerada como evidencia circunstancial decisiva para probar el soborno en el caso ICC 3916 (1982).

Pero, sin duda, el caso más interesante es el ICC 1110 de 1963, en el cual, el árbitro Gunar Lagergren negó su competencia para conocer de una demanda arbitral que versaba sobre un acuerdo concluido entre un ingeniero argentino y una empresa inglesa. Mediante este acuerdo, el ingeniero, reconocido por su cercanía con las autoridades gubernamentales, se comprometió a facilitar la adjudicación de contratos estatales a la empresa inglesa. A cambio de ello recibiría el 10 % del valor de los contratos efectivamente celebrados. Según se afirma en el laudo, el ingeniero usaría parte de esa "comisión" para pagar el favor de los funcionarios involucrados en las contrataciones.

Frente a este panorama, el árbitro Lagergren afirmó que un caso como este, en el que se evidencian grandes violaciones de las buenas costumbres y el orden público internacional, no puede tener respaldo en ningún tribunal, ya sea en Argentina, en Francia, o en cualquier otro país civilizado, ni siquiera en un tribunal arbitral. Con este argumento, el árbitro declinó su competencia y concluyó que "[p]arties who ally themselves in an enterprise of the present nature must realise that they have forfeited any right to ask for assistance of the machinery of justice (national courts or arbitral tribunals) in settling their disputes".

Comentando esta sentencia, Fernández-Armesto (2018) ha estimado que, aunque moralmente es una decisión acertada —"Hoy en día admiramos la integridad del juez Lagergren"—, el principio de separabilidad del acuerdo arbitral ha debido servirle de fundamento para mantener la validez de la cláusula arbitral, que, de conformidad con el citado principio, no se vería afectada por la suerte del contrato en el cual está contenida. Según concluye el autor, "la corrupción afectará al objeto del contrato y no a la cláusula arbitral" (p. 15).

No obstante, bajo la argumentación de Lagergren subyace un principio acogido por la mayoría de los sistemas en los que se admite que un pacto inmoral no puede ser llevado ante los órganos de administración de justicia, que no merece protección, pues nadie puede alegar su propia torpeza, lo que haría que una acción semejante sea inadmisible. A pesar de ello, la doctrina ha visto en este caso un tema de inarbitrabilidad más que de lo que realmente se trata, un caso de inadmisibilidad.[14]

Al respecto, Gaillard y Savage (1999) reportan, como en casos posteriores, que los tribunales arbitrales no han declarado inarbitrables este tipo de disputas ni han recurrido a la regla *nemo auditur*, sino que han declarado la nulidad de los contratos. Así, refieren los autores citados, en el caso ICC 2730 de 1982, respecto de un contrato simulado para otorgar a una parte un préstamo al que no tenía derecho, se consideró que el contrato no solo era contrario al Derecho yugoslavo —que era el Derecho aplicable al contrato—, sino también a la moral y a las buenas costumbres ("bones mores"). Así —se afirmó en el laudo— :

14 "It has been noted that this decision was in fact based not so much on a finding of non-arbitrability, but rather on the inadmissibility of the claim founded on a rule similar to that reflected by the adage nemo auditur propriam turpitudinem allegans. In any event, this award has long been construed as holding disputes involving allegations of corruption to be non-arbitrable" (Gaillard y Savage, 1999, pp. 353-354).

> De manière générale, tout contrat ayant un objet contraire à des lois impératives ou d'ordre public, à la morale et aux bonnes mœurs est nul d'une nullité absolue … Ce principe est admis dans tous les pays et par toutes les législations. Il constitue une règle internationale, un élément du droit commun des contrats dans le domaine international.

Aunque Gaillard y Savage (1999) admiten que este análisis es generalmente aceptado por la doctrina, reconocen la poca claridad que se produce respecto de los casos en los cuales ninguna de las partes solicita al tribunal arbitral que se pronuncie sobre la cuestión de la nulidad. Esto dejaría a los árbitros —afirman los autores— sin otra opción que ignorar la cuestión de la nulidad o renunciar si creen que no deben verse involucrados en una violación del orden público internacional.

Sanquírico (2021) ha afirmado que, en el curso de un arbitraje, debe ser la relación jurídica debatida la que determine la arbitrabilidad del litigio. El acto corrupto, por su parte, puede ser valorado por el árbitro respecto de los efectos que este produzca sobre la relación debatida, pues la calificación del hecho como corrupción y la determinación de sus correspondientes efectos penales es un asunto reservado al poder judicial de cada Estado. Distingue así el autor, precisamente, entre los contratos de corrupción y los contratos por corrupción.

Cuestión distinta, tal como lo destaca Mantilla Espinosa (2007, pp. 9-10), es que "móviles inmorales" hayan llevado a las partes a celebrar el acuerdo arbitral, con el objetivo de evitar que la jurisdicción ordinaria conozca de sus "actividades censurables". En tal caso, en virtud del principio Kompetenz-Kompetenz, el árbitro habrá de declarar nulo el acuerdo arbitral y el asunto volvería a manos del juez ordinario, quien sería competente para pronunciarse sobre el contrato.

En todo caso, la convicción de que una pretensión ilícita no debe ser escuchada por el tribunal —ordinario o arbitral— ha conducido incluso a negar la restitución de los pagos hechos en virtud de un acuerdo nulo por ser contrario a la ley, al orden público o a las buenas costumbres. Así, el artículo 1157 del Código Civil venezolano dispone, en su último párrafo, que "[q]uien haya pagado una obligación contraria a las buenas costumbres, no puede ejercer la acción en repetición sino cuando de su parte no haya habido violación de aquellas". En sentido similar, el artículo 1525 del Código Civil colombiano establece que "[n]o podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas".

La razón de esta imposibilidad de repetir lo pagado es el principio según el cual "nemo auditur quem propriam turpitudinem allegans" (Hinestrosa, 2015; Hernández y Madrid, 2015; Mantilla, 2007; Mélich, 2006) o —como afirma Herbert— "A dirty dog will get no dinner from the Courts" (citado en Bonell y Meyer, 2015, p. 15). En estos casos, el legislador prefiere autorizar un enriquecimiento injusto que permitir que estas pretensiones sean planteadas ante los tribunales. Tal fue el criterio utilizado por la Corte de Apelaciones de París en el caso Société European Gas Turbines SA vs. Westman International Ltd., decidido el 30 de septiembre de 1993. En la citada sentencia se afirmó que el Derecho francés sanciona penalmente la corrupción, por lo que los contratos de corrupción son nulos por inmoralidad o ilicitud de la causa o del objeto, de conformidad con el artículo 1133 del Código Civil, y si esa ilicitud es conocida por las partes, se aplica el adagio según el cual nadie puede alegar su propia torpeza, el cual tiene por objeto entorpecer la ejecución de ese contrato inmoral o ilícito, privando de toda seguridad a la parte que lo cumplió primero.

Al respecto, Bonell y Meyer (2015) afirman que, el hecho de que quien ofrece el soborno pueda negarse a pagarlo, alegando la ilicitud del acuerdo, luce como doblemente injusto, pues, por un lado, se traiciona a la otra parte del contrato principal —aquel para cuya celebración se ofrece el soborno— ofreciendo un soborno a su agente y, por otra parte, se logra la adjudicación del contrato principal sin pagar el soborno, con lo cual la ley parece funcionar a favor de la más deshonesta de las partes. No obstante, los propios autores entienden que, a pesar de esta posibilidad, la nulidad del contrato de corrupción busca socavar la confianza entre el pagador del soborno y el intermediario.

Los propios autores citan una decisión dictada en 1995 por la Cour d'appel de París, en la que el tribunal afirmó que el conocimiento por las partes del fin inmoral o ilícito del contrato, exigido por la jurisprudencia, no pretende —independientemente de sus consecuencias reales— disminuir el rigor de la sanción de nulidad; por el contrario, procura reforzarlo protegiendo al contratante que nada tiene que reprocharse en cuanto a la celebración del contrato. La imposibilidad de exigir cumplimiento o de repetir lo pagado tiene por objeto impedir la ejecución de un contrato inmoral o ilícito, privando de toda protección a la parte que primero lo ejecuta.

Contratos por corrupción

Los contratos por corrupción son aquellos cuya celebración ha sido precedida por actos de corrupción que se han llevado a cabo, precisamente, para que este contrato pueda perfeccionarse. Se trata de un contrato que, en principio, no adolece de vicio alguno, pero respecto del cual cabe preguntarse si los actos de corrupción que lo han precedido alcanzan a contaminarlo. En este caso, a diferencia de lo que ocurre con los contratos de corrupción, la respuesta no ha sido uniforme y los sistemas, a pesar de cierta inclinación por la nulidad, también admiten otras salidas como la anulabilidad o nulidad relativa, e incluso la validez.

No dejamos de reconocer que la nulidad es tal vez la respuesta natural, debido al atentado contra las concepciones morales que comporta la corrupción. De hecho, cuando desde el arbitraje se enuncian los principios que estarían incluidos dentro del concepto de *lex mercatoria*, junto a principios como el *pacta sunt servanda* o la ejecución de buena fe, un contrato obtenido por corrupción es necesariamente nulo.[15]

En los comentarios al artículo IV.7.2 de los Principios TransLex se afirma con claridad que

> [l]ike the prohibition of racial discrimination, child labor, money laundering, anti-competitive practices, terrorism or drug trafficking, the prohibition of bribery belongs to those fundamental values of morality and justice which are widely recognized by civilized nations around the globe. The Principle is therefore part of transnational public policy ("Principle N.º IV.7.2", s. f.).

Sin embargo, es posible que la solución más eficiente para el caso concreto sea dejar en manos de la parte perjudicada la decisión de solicitar la nulidad o, incluso, mantener la validez del contrato.

Bonell y Meyer (2015) afirman que estas tres soluciones se pueden observar en la práctica, aunque solo en relativamente pocas decisiones judiciales. Parece —afirman los autores— que las partes de estos contratos prefieren evitar la solución judicial y, en cambio, buscan una solución amis-

15 Se trata de un principio basado en la protección del interés general (Gaillard y Savage, 1999). También Mustill (1988) lo reconoce como un principio de *lex mercatoria*, para quien "A contract obtained by bribes or other dishonest means is void, or at least unenforceable" (p. 86). (Tambien citado en Bonell y Meyer, 2015, p. 20, nota 79).

tosa. Esto sería más probable en el comercio internacional, ya que la nulidad del contrato —que es la solución a la que suelen tender los tribunales— a menudo no beneficia a ninguna de las partes.

Ahora bien, estas tres posibilidades apuntan a tres objetivos diferentes que enunciaremos siguiendo a Nell (2008). La nulidad, al negar la efectividad legal de un contrato que se considera inmoral y anticompetitivo por haber sido inducido por soborno, protege los intereses vinculados a una comunidad de valores y a la competencia leal, y protege, además, el patrimonio de los competidores que fueron excluidos debido al soborno. La anulabilidad, que permite que sea la parte perjudicada la que decida sobre la validez o nulidad del contrato, privilegia los intereses del órgano contratante, como parte habitualmente perjudicada, por ejemplo, por un sobreprecio, y tiene derecho a decidir si solicita la nulidad o si no lo hace, sobre la base de un simple cálculo de costo-beneficio.

Finalmente, el sistema que admite mantener la validez del contrato protege los intereses del contratista, por lo que, en principio, no se considera una solución adecuada para proteger los intereses colectivos, prevenir la corrupción o proteger los intereses de las partes perjudicadas. No obstante, el propio Nell (2008) advierte que las tasas de detección aleatoria de la corrupción son bajas y la lucha contra la corrupción depende, en buena medida, de los datos aportados por las personas que posean información privilegiada, las cuales, por ello, pueden estar involucradas en el acto de corrupción. En tal sentido, mantener la validez del contrato puede persuadir más fácilmente a las partes para denunciar la corrupción.

Bien, el Convenio Civil sobre la Corrupción (1999) se acerca al sistema de la anulabilidad cuando, en su artículo 8.2 dispone que

> [c]ada parte establecerá en su derecho interno la posibilidad de que todas las partes contratantes cuyo consentimiento esté viciado por un acto de corrupción puedan solicitar ante tribunal la declaración de nulidad de dicho contrato, sin perjuicio de su derecho a la reclamación de daños.

Una solución semejante puede verse en los Principios TransLex, cuyo artículo IV.7.2.b dispone: “Contracts procured by the payment or transfer of bribes are *voidable by the innocent party* pursuant to Principle IV.7.3” (La cursiva no es del original). El artículo IV.7.3 hace referencia a los casos de nulidad del contrato por error de hecho o de derecho. Según se lee en los

comentarios a estos principios, esta situación es menos clara que la posición adoptada respecto de los contratos de corrupción, los cuales se consideran nulos. La solución aquí adoptada obedece al hecho de que algunos sistemas entienden que los contratos por corrupción deben considerarse nulos, tal como ocurre con los contratos de corrupción, mientras que otros sistemas prefieren dejar que la parte inocente decida sobre la validez del contrato ("Principle N.º IV.7.2, s. f.). Los propios comentarios afirman que, si ambas partes tuvieron conocimiento del acto de corrupción, estas pierden el derecho de pedir la nulidad y el contrato se considerará válido.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2005) parece inclinarse, más bien, hacia la pérdida de validez del contrato al disponer, en su artículo 34, que

> Con la debida consideración de los derechos adquiridos de buena fe por terceros, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para eliminar las consecuencias de los actos de corrupción. En este contexto, los Estados Parte podrán considerar la corrupción un factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a anular o dejar sin efecto un contrato o a revocar una concesión u otro instrumento semejante, o adoptar cualquier otra medida correctiva.

Es necesario considerar que el contrato precedido por actos de corrupción no tiene, necesariamente, un contenido ilícito y podría, por ello, conservar su validez (Bonell y Meyer, 2015). Esta tesis puede verse en la sentencia dictada el 6 de junio de 1999 por el Tribunal Federal de Justicia de Alemania (Bundesgerichtshof). En este caso, una empresa alemana abrió un proceso de licitación en 1992 para la remodelación de varios edificios de su propiedad. Al proceso acudió un arquitecto que prometió al director de la empresa —quien aceptó— un pago mensual de 5000 marcos alemanes (aproximadamente 2500 euros) si le adjudicaban el contrato, lo cual en efecto ocurrió. Ambos acordaron pagos mensuales anticipados al arquitecto por un valor de 100 000 marcos alemanes (aproximadamente 50 000 euros).

En mayo de 1993, la firma dejó de pagar las cuotas al arquitecto sin dar mayores explicaciones. Acto seguido, el arquitecto informó a la firma sobre el pago de sobornos a su director, por lo que la empresa despidió al director y canceló el contrato de remodelación con el arquitecto, alegando servicios incompletos y deficientes por parte de aquel. Por tal razón, el arquitecto demandó a la empresa, reclamando el pago de los honorarios aún

debidos, mientras que la empresa reconvino la repetición de los honorarios ya pagados al arquitecto. El tribunal de distrito desestimó la solicitud del arquitecto y accedió al reclamo de la empresa argumentando, precisamente, que el contrato era nulo al estar contaminado por el soborno que precedió su celebración.

El tribunal de apelaciones confirmó la sentencia del tribunal de distrito, y, en 1999, el Bundesgerichtshof anuló la sentencia del tribunal de apelación y aclaró que, si bien el contrato con el arquitecto fue inducido por soborno, ese contrato, en sí mismo, no estaba viciado de la misma ilicitud, pues los servicios del arquitecto se valoraron de conformidad con las tarifas oficiales para arquitectos e ingenieros y, además, el soborno no supuso un sobreprecio. En su decisión, el Bundesgerichtshof afirmó que —y eso es lo que nos interesa destacar— si bien el acuerdo de soborno es nulo, sin que sean necesarias mayores explicaciones, esa nulidad no tiene por qué afectar, sin más, al contrato con el arquitecto, pues para que este sea nulo es necesario que él, en sí mismo, sea considerado ilegal (§134 BGB) o inmoral (§ 138 BGB).

Actualmente, la doctrina reporta que para el Busdesgerichtshof el criterio central gira en torno a la determinación de si el contrato principal ha sido negativamente influenciado por el soborno, considerando, a tales efectos, cualquier desventaja en el contrato principal derivada del soborno. Pero también se reconoce como una alternativa el recurso a las normas en materia de agencia, de manera que, si el agente y un tercero actúan en su propio beneficio, en detrimento del principal, el contrato contraído en su nombre por el agente y el tercero es nulo por colusión, pues el agente y el tercero conocían que el agente actuó *ultra vires*, por lo que no hay razón para que el principal continúe vinculado por ese contrato (Weller, 2015).[16]

Precisamente, el dilema que enfrentan los diversos sistemas es la determinación de si el contrato por corrupción se vería contaminado por el acto corrupto y sería por ello nulo de pleno derecho o, por el contrario, mantendría su validez. En particular, el asunto podría vincularse al complejo concepto de causa, tal como ha sido considerado en los sistemas colombiano y venezolano, según veremos *infra*.

16 El autor cita, en el caso de la agencia, una decisión del Bundesgerichtshof de fecha del 17 de mayo de 1988.

Así, por ejemplo, el sistema italiano se inclina por la nulidad del contrato partiendo de la idea según la cual este supuesto solo se plantea en la contratación estatal. Sin embargo, no hay uniformidad respecto del fundamento de tal nulidad. Así, Mariani (2015) identifica en la jurisprudencia italiana al menos cuatro tendencias: algunas decisiones han considerado que en estos casos el consentimiento está viciado por haberse obtenido de manera fraudulenta, lo cual hace que solo el ente contratante pueda solicitar la nulidad; otras decisiones consideran que la corrupción que precede al contrato afecta tanto la causa como el objeto, haciendo que ambos elementos sean considerados ilícitos, lo cual hace que la nulidad pueda ser invocada por cualquiera que tenga interés e, incluso, puede ser invocada de oficio por el juez. La violación del procedimiento de licitación genera dos alternativas más: de acuerdo con la primera se declara la ineficacia automática de los contratos adjudicados, debido a que el procedimiento administrativo está relacionado funcionalmente con el contrato y la nulidad del procedimiento produce automáticamente la ineficacia del contrato, de manera similar a lo que ocurre en los contratos conexos. Finalmente, se admite la ineficacia, pero no automática, pues solo podría declararse cuando es reclamada por el órgano de contratación o los licitadores excluidos.

En el sistema portugués (de Lima Pinheiro, 2015) se descarta la aplicación de las reglas sobre causa ilícita, pues en estos casos no necesariamente se ve afectado el contenido del contrato y es común que el principal no tenga conocimiento del acto de corrupción, por lo que no puede hablarse del común propósito de las partes. Además, estos principios no consideran los casos en que el principal esté interesado en mantener la validez del contrato. Así, la doctrina distingue dos situaciones, según que quien recibe el soborno participe o no en la conclusión del contrato principal. En el primer caso se aplicarían, más bien, las normas sobre agencia voluntaria, de manera que, si la conducta del agente es contraria a su deber de lealtad, un abuso de autoridad podría afectar al contrato. Lo mismo, *mutatis mutandi*, podría aplicarse a los representantes o administradores de una empresa que recibieren sobornos para la celebración el contrato.

En caso de que quien recibe el soborno no participe en la celebración del contrato, sino que se limite a influir en la otra parte para la celebración del contrato principal, tampoco se habla de nulidad. En este caso, el contrato solo será nulo si la conducta del "agente" constituye *dolus malus* o, en su defecto, induce a error sobre otros elementos esenciales para la formación de la voluntad de la parte inocente.

Otros sistemas se inclinan, como hemos adelantado, porque sea la víctima quien decida si conserva o no la validez del contrato. Al respecto, Bonell y Meyer (2015) admiten que el principal podría tener razones económicas legítimas para querer mantener el contrato por considerar, por ejemplo, que el contrato aún podría ser comercialmente rentable, a pesar de un precio inflado por la corrupción. Además, este puede temer que la nulidad del contrato conduzca a más pérdidas que resulten de la inevitable demora en la adjudicación de un nuevo contrato.

El error como vicio de la voluntad suele ser la causa de la nulidad en este caso, pues al tratarse de una causal de nulidad relativa, su alegato depende exclusivamente de la parte cuya voluntad fue viciada. Es lo que ocurre, por ejemplo, en los Países Bajos, cuyo sistema permite al principal pedir la nulidad si logra demostrar que el contrato se celebró sin la información completa o con información incorrecta sobre el estado de cosas relacionado con el contrato (Makinwa y Kramer, 2015).

En el caso del sistema venezolano, la respuesta de la doctrina ha sido la nulidad del contrato, en el entendido que la ilicitud del acto de corrupción contamina la causa, e incluso el objeto del contrato principal. Así, partiendo de la idea según la cual los tratos, las negociaciones, los acuerdos o pagos anteriores a la celebración de un contrato, que se realicen en violación de la Ley contra la Corrupción, serán ilícitos y, por ello, nulos de pleno derecho,

> [i]f any of the foregoing actions can be considered as the cause of a subsequent agreement executed with the Public Administration, in the sense that any of those actions constituted the motive or reason that lead the parties to execute the agreement, then the cause can be treated as unlawful, and the agreement will be null and void (Hernández y Madrid, 2015, pp. 444-445).

En todo caso, la doctrina ha considerado que las normas contenidas en la Ley contra la Corrupción son de carácter imperativo, y reflejan altos estándares morales —buenas costumbres— por lo que cualquier conducta que las viole hace que el contrato no solo se considere ilegal, sino también ilícito (Hernández y Madrid, 2015). Puede entonces afirmarse, al menos en los contratos estatales, que cualquier desviación del objetivo de satisfacer el bien común vulnera la ley y hace que la causa del contrato se considere ilícita.

Al respecto, conviene citar una decisión de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, dictada el 1 de julio

del 2008, en la que, si bien no se hace referencia a un caso de corrupción propiamente dicho, sí se considera la vulneración del interés general en un contrato estatal, como un motivo de nulidad por ilicitud de la causa y del objeto. En efecto, la sentencia comentada declaró la nulidad de dos contratos celebrados por la Alcaldía del municipio Chacao del Estado Miranda, mediante los cuales se modificó un contrato de concesión del servicio de aseo. En este caso, la Sala estimó que la omisión de las obligaciones establecidas por el contrato original y la prórroga del término de ese contrato son contrarios a la satisfacción del interés general y, por lo tanto, vician estos acuerdos

> no solo por causa ilícita, sino también, indirectamente en su objeto, pues si bien en principio, este se centra en la prestación del servicio de aseo urbano y domiciliario, es intrínseco a la noción de servicio público y, por ende, a la de contrato administrativo, la satisfacción del interés público, resultando, en consecuencia, contrarias a estos intereses las modificaciones efectuadas (República Bolivariana de Venezuela, 2008).

Ahora bien, debido a que, conforme al derecho venezolano, se considera que la corrupción, además de ilegal, es también una conducta inmoral por ser contraria a las buenas costumbres, la consecuencia, según hemos afirmado *supra*, es la imposibilidad de repetir lo pagado antes de declararse la nulidad, en aplicación del artículo 1157 del Código Civil. Tal acción solo podría ser ejercida por la parte que desconocía la existencia de una causa inmoral.

En el caso de Colombia, tal como adelantamos *supra*, es forzoso referir el caso Ruta del Sol. Se trata del contrato celebrado en enero del 2010 entre la concesionaria Ruta del Sol —cuyo principal accionista es Odebrecht— y el Instituto Nacional de Concesiones (INCO) —hoy Agencia Nacional de Infraestructura (ANI)—, que tuvo por objeto la construcción de una gran autopista para comunicar Bogotá con la costa atlántica. En el contrato se incluyó una cláusula de conformidad con la cual "[t]oda controversia o diferencia relativa a este contrato, con excepción del cobro ejecutivo de obligaciones" sería sometida a la decisión de un tribunal arbitral en el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Bien, la ejecución del contrato inició con normalidad, pero en el acuerdo firmado en el curso del juicio contra Odebrecht en Nueva York, en el 2016, se admitió el pago de sobornos para que este contrato le fuese

adjudicado, como en efecto ocurrió, a la concesionaria propiedad de la constructora brasileña. Así, puede leerse en el acuerdo que

> in or about between 2009 and 2010, Odebrecht agreed to pay and later paid through the Division of Structured Operations with Odebrecht Employee 6's authorization, a $6.5 million bribe to a government official in charge of awarding a construction project with the Colombian government in exchange for assistance with winning the project (párr. 52).

En dos solicitudes de arbitraje que fueron acumuladas en un solo procedimiento, Ruta del Sol pretendió que se declarase al contrato como vigente y vinculante para las partes y, además, que se reconociera el carácter eximente de responsabilidad de una serie de hechos ocurridos durante la ejecución del contrato. En la reconvención, la ANI solicitó que el contrato fuera declarado nulo "por contar con objeto ilícito y por haber sido celebrado con abuso y desviación de poder".

El tribunal arbitral, en un laudo de fecha 6 de agosto del 2018, dio la razón a la ANI y anuló el contrato por considerar que el mismo recaía sobre un objeto ilícito, que tenía una causa ilícita y que hubo desviación de poder. Así, respecto del objeto y de conformidad con los artículos 1519, 1521 y 1523 del Código Civil colombiano, el tribunal arbitral afirmó que

> [u]n contrato estatal tiene objeto ilícito cuando para su celebración se vulneran normas de orden público contenidas en la Ley (80, 1150, etc.), tales como las que desarrollan los principios de selección objetiva y transparencia y, en general, todas aquellas disposiciones que regulan los procesos de selección de los contratistas.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 1524 del Código Civil, la causa, entendida como "el motivo que induce al acto o contrato", es calificada como ilícita cuando resulte contraria a las normas imperativas, al orden público, o a las buenas costumbres. En este caso, el tribunal arbitral afirmó que "la promesa de dar algo en recompensa de un hecho punible o de un hecho inmoral (cohecho impropio, interés indebido en la celebración de contratos, enriquecimiento ilícito con motivo de la contratación, prevaricato por acción) tiene una causa ilícita".

La desviación o abuso de poder se configura —continúa el tribunal arbitral— "cuando un contrato estatal se celebra en virtud de o en desarrollo

de conductas irregulares, ilícitas y delictivas", de manera que el sujeto actúa con fines propios, distintos del beneficio común y el interés general.

Declarada la nulidad del contrato, el tribunal arbitral entró a examinar los efectos económicos de su declaratoria. Las complicaciones de este análisis se vincularon a la dualidad de regímenes previstos frente a los efectos de la declaratoria de nulidad del contrato, por un lado, en el Código Civil, y, por otro, en la Ley 80 de 1993.

En efecto, de conformidad con el artículo 1746 del Código Civil, el efecto retroactivo de la declaratoria de nulidad se traduce en el derecho de las partes "a ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita". En estos casos, tal como lo dispone el artículo 1525 del mismo Código, "[n]o podrá repetirse lo que se haya dado o pagado". Este régimen difiere del consagrado para la contratación estatal en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, norma de conformidad con la cual, refiriéndose a los contratos de ejecución sucesiva, la declaratoria de nulidad "no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria".

La propia norma refiere que, en el caso particular de la nulidad por objeto o causa lícita, podrán reconocerse y pagarse las prestaciones ejecutadas

> cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público (República de Colombia, 1993).

Este principio se encuentra ratificado, para los casos de asociaciones público-privadas, por la Ley 1882 del 2018, cuyo artículo 20 modificó el artículo 32 de la Ley 1508 del 10 de enero del 2012, por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones. De acuerdo con el párrafo 1 de esta norma, una vez declarada la nulidad absoluta del contrato,

> en la liquidación se deberá reconocer el valor actualizado de los costos, las inversiones y los gastos, ejecutados por el contratista, incluyendo los intereses, menos la remuneración y pagos recibidos por el

> contratista en virtud del cumplimiento del objeto contractual. Estos factores serán actualizados con el Índice de Precios al Consumidor (IPC) histórico desde el momento de su ocurrencia, hasta el mes inmediatamente anterior a la fecha de la liquidación (República de Colombia, 2012a).

Esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-207 del 16 de mayo del 2019, en el entendido de que las restituciones estarán dirigidas

> al pago del pasivo externo del proyecto con terceros de buena fe. Con el remanente, se podrán reconocer restituciones a favor del contratista, o el integrante o socio de la parte contratista, en los casos en que no esté probado que actuó mediante una conducta dolosa en la comisión de un delito o de una infracción administrativa, dando lugar a la nulidad del contrato por objeto o causa ilícitos, o que participó en la celebración del contrato a sabiendas de tal ilicitud (República de Colombia, 2019).

Con fundamento en estas normas y su interpretación por la Corte Constitucional, el tribunal arbitral condenó a la ANI al pago de 211 mil millones de dólares, cantidad que debería destinarse al pago de pasivos externos del proyecto a terceros de buena fe, incluida la banca, y se admitió que el remanente podría ser adjudicado a contratistas que hubieren actuado de buena fe, sin dolo o desconociendo la ilicitud.

El laudo fue objeto de un recurso de nulidad que fue desestimado por el Consejo de Estado que, en decisión del 10 de septiembre del 2020, por considerar que no se probó ninguna de las causales de nulidad contenidas en el artículo 41 de la Ley 1563 del 2012 que contiene el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional.

Así, Ruta del Sol recibió lo que logró acreditar que invirtió en el proyecto y, a pesar de los daños causados al Estado, no pagó un solo centavo por ello. Sin embargo, en diciembre del 2020 la Superintendencia de Industria y Comercio impuso multas por 295 mil millones de pesos, por prácticas anticompetitivas a la Concesionaria y a Odebrecht. Tales multas fueron confirmadas en mayo del 2021 ("La SIC confirmó multas de $295.000 millones en caso Ruta del Sol II", 2021).

Es importante considerar que, para el momento de la declaratoria de nulidad del contrato, se había ejecutado aproximadamente el 52 % de la

obra que fue entregada a Invías para su continuación. A tal efecto, en julio del 2021 este organismo inició un proceso de licitación que culminó, entre mayo y junio del 2022, con la adjudicación de la Troncal del Magdalena 1 a la estructura plural Autopista Magdalena Medio, integrada por KMA Constructores S. A. S. y Ortiz Construcciones y Proyectos S. A.; y la Troncal del Magdalena 2 al concesionario Autovía Magdalena Medio, integrado por las mismas sociedades (Eljach, 2022).

Respecto de la restitución resulta interesante destacar el caso ICC 11307, en el que el tribunal arbitral hizo énfasis en la necesaria distinción entre la nulidad del contrato y el efecto restitutorio que esta puede producir, respecto de las prestaciones que las partes hayan ejecutado antes de la declaratoria de nulidad, en función de los posibles supuestos. En este laudo el tribunal arbitral distinguió tres posibles situaciones. En la primera situación, puesto que quien paga el soborno demanda por un contrato contaminado precisamente por ese soborno, el tribunal desestimará la petición por *turpis causa*. En segundo lugar, si quien paga el soborno demanda por enriquecimiento injusto el tribunal podría, dependiendo de las circunstancias y de la conducta del sujeto, desestimar su petición o concederle alguna compensación. En la tercera situación, la parte inocente demanda por restitución. En general, si bien esta puede pedir la restitución, también debe restituir los beneficios que ha recibido en virtud del contrato; de lo contrario, "the guilty party will be 'robbed'", es decir, la parte inocente se enriquecería injustamente al recibir de vuelta aquello de lo que se había desprendido y podría retener lo que había recibido.

Aunque, en general, según afirman Kreindler y Gesualdi (2015), los tribunales arbitrales parecen inclinarse a negar el reintegro total de lo pagado. Precisamente, en el caso ICC 11307 —también citado por los autores—, el tribunal arbitral negó la restitución total y ordenó al contratista que reembolsara al principal únicamente el saldo entre la contraprestación total que recibió en virtud de los contratos y la comisión que pagó a un intermediario para asegurar ilícitamente que los contratos le fueran adjudicados.

Breve conclusión

La corrupción, definitivamente, sigue siendo un cáncer en nuestras sociedades. Las medidas tomadas por los Estados lucen siempre insuficientes, tanto para prevenir —estableciendo controles y deberes de transparencia— como para sancionar este mal. La impunidad parece campear, y junto

a la normalización social de las conductas corruptas este mal no ha hecho más que agravarse.

El mundo de los contratos, tanto estatales como entre privados, ha sido terreno fértil para la corrupción y, sin embargo, desde el derecho de los contratos poco se ha hecho al respecto. Tal como hemos podido constatar en este breve recorrido, la nulidad parece ser el arma por excelencia, pero no se reflexiona mucho sobre las consecuencias de este remedio, sobre todo respecto del patrimonio de los Estados.

La reacción del derecho de los contratos debe considerar con atención las diversas relaciones que se tejen frente al acto corrupto, pues si bien la nulidad absoluta está más que justificada frente a los contratos de corrupción, cuya patente ilegalidad e inmoralidad hace innecesaria cualquier otra justificación para tal reacción, el caso de los contratos por corrupción, en cambio, necesita algo más de análisis. El caso Odebrecht es un triste ejemplo de esto: contratos anulados, obras inconclusas, pérdidas millonarias para los Estados y gastos nada despreciables para iniciar nuevos procesos de licitación y adjudicación de contratos.

La idea que queremos dejar clara es que, frente a los contratos por corrupción, antes de decidir su nulidad, el operador jurídico debe adelantar un análisis del caso concreto y evaluar los pros y contras de tal decisión. Anular un contrato e impedir la repetición de lo pagado puede terminar beneficiando al corrupto. Tengamos presente que mantener la validez del contrato puede, en algunos casos, tener un efecto persuasivo sobre la parte corrupta. Esto nos invita a pensar que la tarea pasa por encontrar un balance en el cual se siga rechazando la conducta corrupta a la vez que se protegen los intereses de la parte inocente y, en el caso de los contratos estatales, el patrimonio de todos los ciudadanos. Así puede verse al derecho de los contratos como un arma efectiva en la lucha contra la corrupción.

No queremos terminar estas líneas sin recordar las palabras de Delia Ferreira Rubio, presidente de Transparencia Internacional, que nos recuerda que combatir la corrupción es una tarea en la que todos debemos estar comprometidos: “People’s indifference is the best breeding ground for corruption to grow. Only by working together can we hope to end impunity for corruption and the corrupt”.

Referencias

Ala'i, P. (2015). The United States' multidimensional approach to combatting corruption. En M. Bonell y O. Mayer (Eds.), *The impact of corruption on international commercial contracts* (pp. 411-438). Springer.

Andersen, J., Johannesen, N. y Rijkers, B. (2020). *Elite capture of foreign aid. Evidence from Offshore Bank Accounts*. https://bit.ly/3cP0zvw.

Asamblea General de las Naciones Unidas (2012). Declaración de la Reunión de Alto Nivel de la Asamblea General sobre el Estado de Derecho en los Planos Nacional e Internacional, Resolución A/RES/67/1. https://bit.ly/3OHZpPX.

Barham, E. (2016). *Passing the buck: World Bank anti-corruption reform and the politics of implementation*. [Tesis]. Weinberg College of Arts and Sciences, Northwestern University, Estados Unidos. https://bit.ly/3Q1oZ3w.

Bonell, M. J. y Meyer, O. (2015). The impact of corruption on international commercial contracts – general report. En M. Bonell y O. Mayer (Eds.), *The impact of corruption on international commercial contracts* (pp. 1-36). Springer.

Bucher, A. (1995). *Droit international privé suisse* (Tome I/2). Helbing & Lichtenhahn.

Bundesgerichtshof (s. f.).Urteil von 06.05.1999, VII ZR 132/97. https://bit.ly/3ODpr6J.

Cámara de Comercio Internacional (2011). *Reglas de la icc para Combatir la corrupción*. Cámara de Comercio Internacional. https://bit.ly/3voPloa.

Cámara de Comercio Internacional (2012). Cláusula ICC contra la corrupción, París, Cámara de Comercio Internacional. https://bit.ly/3S8EoAG.

Canova, A., Jaffe, K., Martínez, E., Correa, J., Soares, A., Contreras, J. y Baroni, R. (2021). ¿Tiene la constitución de un país un efecto práctico sobre su institucionalidad y socioeconomía? *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, (165), 663-740.

Código Penal colombiano (2000). https://oig.cepal.org/sites/default/files/2000_codigopenal_colombia.pdf.

Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES). (2013). *Documento coNPes 167*. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=83097.

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2005). http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_ecu_anexo16.pdf.

Convenio Civil sobre la Corrupción (4 de noviembre de 1999). http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/europa/corrupcion/1999-Convenio-civil-sobre-corrupcion.htm#a2.

Damsholt, P. y Langsted, L. (2015). The civil law consequences of corruption according to the laws of the least corrupt country in the world-Denmark. En M. Bonell y O. Mayer (Eds.), *The impact of corruption on international commercial contracts* (pp. 119-140). Springer.

de Lima Pinheiro, L. (2015). Corruption in international commercial contracts. A portuguese substantive and private international law perspective. En M. Bonell y O. Mayer (Eds.), *The impact of corruption on international commercial contracts* (pp. 267-289). Springer.

Department of Justice, Office of Public Affairs (2016). Odebrecht and Braskem plead guilty and agree to pay at least $3.5 billion in global penalties to resolve largest foreign bribery case in history. https://bit.ly/3S89gBq.

Dreher, A., Kotsogiannis, C. y McCorriston, S. (2007). Corruption around the world: evidence from a structural model. *Journal of Comparative Economics*, *35*(3), 443-466.

Eljach, M. (11 de julio de 2022). Nueva Ruta del Sol 2: adjudicaciones. *Asuntos Legales*. https://bit.ly/3OMXJEK.

Fernández-Armesto, J. (2018). *La lucha contra la corrupción desde el arbitraje*. Fundación Universitaria San Pablo CEU.

Gaillard, E. y Savage, J. (Eds.). (1999). *Fouchard Gaillard y Goldman. On international commercial arbitration*. Kluwer Law International.

Ghersi, E. (2000). Economía de la corrupción, *Advocatus*. (002), 173-178.

Gil, S., Llorca, R. y Martínez, J. A. (2019). Corruption and international trade: A comprehensive analysis with gravity. *Applied Economic Analysis*, *27*(79), 3-20.

Gobierno venezolano termina contratos con Odebrecht y asume control de obras inconclusas en sector transporte (12 de septiembre de 2019). *América Economía*. https://bit.ly/3oDaWFB.

Hernández, E. y Madrid, C. (2015). Fighting corruption from the civil side: Echoes from the silence of venezuelan contract law. En M. Bonell y O. Mayer (Eds.), *The impact of corruption on international commercial contracts* (pp. 439-446). Springer.

Hinestrosa, F. (2015). *Tratado de las obligaciones ii. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*. Universidad Externado de Colombia.

Informe Odebrecht (2018). *Transparencia Venezuela*. https://bit.ly/2F5SlvL.

Karton, J. y Shervill, J. (2015). New wine in old bottles: Corrupt foreign contracts in canadian private law. En M. Bonell y O. Mayer (Eds.), *The impact of corruption on international commercial contracts* (pp. 37-75). Springer.

Kaufmann, D. (1997). Economic corruption: Some facts. *Foreign Policy*. https://bit.ly/3beEgPC.

Kissling, C. (2015). Impact of bribery on contracts under swiss civil law. En M. Bonell y O. Mayer (Eds.), *The impact of corruption on international commercial contracts* (pp. 351-390). Springer.

Kreindler, R. y Gesualdi, F. (2015). The civil law consequences of corruption under the UNIDROIT principles of international commercial Contracts: An analysis in light of international arbitration practice. En M. Bonell y O. Mayer (Eds.), *The impact of corruption on international commercial contracts* (pp. 119-140). Springer.

La SIC confirmó multas de $295.000 millones en caso Ruta del Sol II (24 de mayo de 2021). *Forbes*. https://bit.ly/3tdfGn6.

Liu, Q. y Ren, X. (2015). Balancing public interest with transactional security: The validity of contracts tainted with corruption under chinese law. En M. Bonell y O. Mayer (Eds.), *The impact of corruption on international commercial contracts* (pp. 77-98). Springer.

Los 11 condenados en Colombia por el escándalo de Odebrecht (30 de abril de 2019). *RCN Radio*. https://bit.ly/3BpCrKg.

Madrid, C. (2012). Instituciones generales de derecho internacional privado: más allá del problema conflictual. En V. Guerra, C. Madrid y Y. Pérez (Coords.), *Estudios de derecho internacional privado, Homenaje a Tatiana Maekelt* (pp. 155-226). Universidad Católica Andrés Bello.

Makinwa, A. y Kramer, X. (2015). Contracts tainted by corruption: Does dutch civil law augment the criminalization of corruption? En M. Bonell y O. Mayer (Eds.), *The impact of corruption on international commercial contracts* (pp. 205-228). Springer.

Mantilla, F. (2007). El árbitro y la lucha contra la corrupción en el comercio internacional. *Revista Internacional de Arbitraje*, (7), 66-89.

Mariani, P. (2015). The effects of corruption on contracts in Italy: The long road towards a legal and fair, competitive market. En M. Bonell

y O. Mayer (Eds.), *The impact of corruption on international commercial contracts* (pp. 189-204). Springer.

Marique, Y. (2015). English judges: Little mice in the big business of corruption? En M. Bonell y O. Mayer (Eds.), *The impact of corruption on international commercial contracts* (pp. 141-158). Springer.

Matray, L. (1982). Arbitrage et ordre public transnational. En J. Schultsz y A. van Den Berg (Dirs.), *The art of arbitration. Liber Amicorum Pieter Sanders* (pp. 241-252). Kluwer.

Mayer, P. (1991). La règle morale dans l'arbitrage international. En P. Bellet, *Etudes offertes à Pierre Bellet* (379-402). Litec.

Mélich, J. (2006). *Doctrina general del contrato* (4.ª ed.). Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Mustill, M. (1988). The new lex mercatoria: The first twenty-five years. *Arbitration International*, *4*(2), 86-119. https://www.trans-lex.org/126900.

Nell, M. (2008). Contracts induced by means of bribery: Should they be void or valid? *BGPE Discussion Paper*, (42), 1-17.

Observatorio Ciudadano de Corrupción (2021a). Informe Colombia: seguimiento al Compromiso de Lima. https://bit.ly/3PVwBVi.

Observatorio Ciudadano de Corrupción (2021b). Informe Venezuela: seguimiento al Compromiso de Lima. https://bit.ly/3S8TGFJ.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) y Cámara de Comercio de Bogotá (CCB). (2017). *Guía anticorrupción para empresas*. https://www.unodc.org/documents/colombia/2014/Diciembre/Guia_Anticorrupcion_empresas_UNODC_Web.pdf.

ONU [@ONU_es]. (1 de enero de 2021). *3 datos sobre la corrupción: - Consume más del 5% del PIB mundial, - Cada año se pierden 2,6 billones de dólares, - Casi 1 billón de dólares se pagan anualmente en sobornos* [tweet]. https://bit.ly/3vjxY8f.

Oppetit, B. (1987). Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du Droit du commerce international. *Journal de Droit International*. 5 ss.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). (1997). Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales. https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/convcombatbribery_spanish.pdf.

Pazdan, M. y Zachariasiewicz, M. (2015). Civil law forfeiture as means to restrict the application of the in pari delicto-principle and other private law consequences of corruption under polish law. En M. Bonell y O.

Mayer (Eds.), *The impact of corruption on international commercial contracts* (pp. 229-265). Springer.

Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2016). https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Spanish-bl.pdf.

Principle N.º IV.7.2 (s. f.). https://www.trans-lex.org/938000.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). (2004). Anticorrupción. Nota Práctica .

Raoof, A. y Rauf Butt, A. (1997). Corruption in international business. *Pakistan Economic and Social Review*, *35*(1), 25-41.

Sanquírico, F. (2021). Corrupción: un problema más allá de la arbitrabilidad. *Principia*, (4), 106-117.

Sayed, A. (2004). *Corruption in international trade and commercial arbitration*. Kluwer Law International.

Scherer, M. (2002). Circumstantial evidence in corruption cases before international arbitral tribunals. *International Arbitration Law Review*, *5*, 29 ss

Société European Gas Turbines SA contra société Westman International Ltd, Cour d'appel de Paris (30 de septiembre de 1993). https://www.trans-lex.org/312030.

The Real Cost Of Bribery (2013). *Forbes*. https://www.forbes.com/sites/hbsworkingknowledge/2013/11/05/the-real-cost-of-bribery/?sh=418ca0b673e8.

Transparencia Internacional (2009). *Guía de lenguaje claro sobre lucha contra la corrupción*. Transparencia Internacional.

United States District Court Eastern District of New York (21 de diciembre de 2016). United States of America vs. Odebrecht S. A., Cr. No. 16-643, Attachment B, Plea Agreement. https://bit.ly/3zF4Ri1.

Usoskin, S. (2015). Russian experience and practice on civil law consequences of corruption. En M. Bonell y O. Mayer (Eds.), *The impact of corruption on international commercial contracts* (pp. 291-300). Springer.

Valdhans, J. (2015). Consequences of corrupt practices in business transactions (including international) in terms of czech law. En M. Bonell y O. Mayer (Eds.), *The impact of corruption on international commercial contracts* (pp. 99-117). Springer.

Venezuela: Nicolás Maduro aprueba fondos para obras inconclusas de Odebrecht (29 de septiembre de 2021). *DW*. https://bit.ly/3vlg4C8.

Weller, M. (2015). Who gets the bribe? The german perspective on civil law consequences of corruption in international contracts. En M. Bonell y O. Mayer (Eds.), *The impact of corruption on international commercial contracts* (pp. 171-188). Springer.

World Bank (2020). *Enhancing government effectiveness and transparency: The fight against corruption*. https://www.worldbank.org/en/topic/governance/publication/enhancing-government-effectiveness-and-transparency-the-fight-against-corruption.

Leyes y decretos

República Bolivariana de Venezuela (22 de mayo de 1997). Congreso de la República. Ley aprobatoria de la convención interamericana contra la corrupción. Gaceta Oficial 36211. https://pandectasdigital.blogspot.com/2017/09/gaceta-oficial-de-la-republica-de_734.html.

República Bolivariana de Venezuela (23 de mayo de 2005). Asamblea Nacional. Ley aprobatoria de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Gaceta Oficial 38192. https://pandectasdigital.blogspot.com/2017/09/gaceta-oficial-de-la-republica_254.html.

República Bolivariana de Venezuela (19 de noviembre de 2014). Ley de Contrataciones Públicas. Gaceta Oficial 6154 Extraordinario. http://crespial.org/wp-content/uploads/2018/10/A%C3%B1o-2014-Ley-Org%C3%A1nica-de-Cultura-Gaceta-Oficial-Extraordinaria-6.154.pdf.

República Bolivariana de Venezuela (2022). Asamblea Nacional. Ley contra la Corrupción. Gaceta Oficial 6699 Extraordinario. https://www.asambleanacional.gob.ve/leyes/sancionadas/ley-de-reforma.

República de Colombia (1993). Congreso de Colombia. Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=304.

República de Colombia (1997). Congreso de Colombia. Ley 412 de 1997. Por la cual se aprueba la “Convención Interamericana contra la Corrupción”. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0412_1997.html.

República de Colombia (2005). Congreso de Colombia. Ley 970 de 2005. Por medio de la cual se aprueba la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, adoptada por la Asamblea General de las Na-

ciones Unidas. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=17079.

República de Colombia (2011). Congreso de Colombia. Ley 1474 de 2011. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=43292.

República de Colombia (2012a). Congreso de Colombia. Ley 1508 de 2012. Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=45329.

República de Colombia (2012b). Congreso de Colombia. Ley 1563 de 2012. Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=48366.

República de Colombia (2012c). Congreso de Colombia. Ley 1573 de 2012. Por medio de la cual se aprueba la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales. https://www.ani.gov.co/sites/default/files/ley_1573_2012.pdf.

República de Colombia (2014). Congreso de Colombia. Ley 1712 de 2014. Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=56882.

República de Colombia (2018). Congreso de Colombia. Ley 1882 de 2018. Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la Ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=84899.

República de Colombia (2020). Congreso de Colombia. Ley 2022 de 2020. Por la cual modifica el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 y se dictan otras disposiciones. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=136375.

República del Perú (2020). Decreto Ley 1071. Que norma el arbitraje, mediante el Decreto de Urgencia 020-2020, 23 de enero de 2020. https://bit.ly/3PKJcur.

Sentencias

República Bolivariana de Venezuela (2008). Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa. Sentencia 0753. http://historico.tsj.gob.ve/cuentas/spa/2008/cuentaspa-09072008.htm.

República Bolivariana de Venezuela (2020a). Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa. Sentencia 0059. https://bit.ly/3cOL-RVE.

República Bolivariana de Venezuela (2020b). Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa. Sentencia 0065. M. P. Eulalia Coromoto Guerrero Rivero. http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/abril/311756-00065-15421-2021-2020-0065.HTML.

República Bolivariana de Venezuela (2021). Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa. Sentencia 0072. https://bit.ly/3bf7WMo

República de Colombia (2019). Corte Constitucional. Sentencia C-207 de 2019. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-207-19.htm.

República de Colombia (2020). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia 11001-03-26-000-2019-00168-00 (65136). C. P. María Adriana Marín. https://www.consejodeestado.gov.co/wp-content/uploads/2020/10/RutaSol.pdf.

Laudos arbitrales

Arnaldez, J.-J., Derains, Y. y Hascher, D. (2009). *Collection of ICC Arbitral Awards 2001-2007 / Recueil des Sentences Arbitrales de la CCI 2001-2007*. Kluwer Law International.

Cámara de Comercio de Bogotá (6 de agosto de 2018). Tribunal Arbitral, Laudo, 6 de agosto de 2018 Concesionaria Ruta del Sol S. A. S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura (ANI). https://bit.ly/3zHZRtk.

Cámara de Comercio Internacional (ICC). (1982). ICC Award N.º 3916. Collection of ICC Arbitral Awards.

Cámara de Comercio Internacional (ICC). (1984a). ICC Award N.º 2730. Clunet. https://www.trans-lex.org/202730.

Cámara de Comercio Internacional (ICC). (1984b). ICC Award N.º 3913. Derains, Y. Note to ICC Award No. 2730. Clunet. https://www.trans-lex.org/203913/_/icc-award-no-3913-cited-by-derains-yves-note-to-icc-award-no-2730-clunet-1984-at-918-et-seq/.

Cámara de Comercio Internacional (ICC). (1985). ICC Award N.º 4145 (Second Interim Award). Clunet. https://www.trans-lex.org/204145.

Cámara de Comercio Internacional (ICC). (1992a). ICC Award N.º 5622. Revue de l'arbitrage. https://www.trans-lex.org/205622/_/icc-award-no-5622-yca-1994-at-105-et-seq-/.

Cámara de Comercio Internacional (ICC). (1992b). ICC Award N.º 6401. Mealey's International Arbitration Report, 1992, Cov B-1. https://jusmundi.com/en/document/publication/en-arbitration-case-law-on-bribery-issues-of-arbitrability-contract-validity-merits-and-evidence#lvl_18416.

Cámara de Comercio Internacional (ICC). (1994). ICC Award N.º 6248. Yearbook commercial arbitration (Vol. XIX). https://www.trans-lex.org/206248.

Cámara de Comercio Internacional (ICC). (1996). ICC Award N.º 1110 (by Gunnar Lagergren). Yearbook Commercial Arbitration. https://www.trans-lex.org/201110.

Cámara de Comercio Internacional (ICC). (1999). ICC Award N.º 6497. Yearbook Commercial Arbitration. https://www.trans-lex.org/206497/_/icc-award-no-6497-yca-1999-at-71-et-seq/.

Cámara de Comercio Internacional (ICC). (2000). ICC Award N.º 8113. ICC International Court of Arbitration Bulletin. https://jusmundi.com/en/document/publication/en-partial-award-in-case-8113-extracts.

Cámara de Comercio Internacional (ICC). (2012). Cláusula ICC contra la corrupción. https://www.icccostarica.com/images/Anticorrupcion/ICC_Clausula_Anticorrupcion.pdf.

Revista *Ratio Juris* Vol. 18 N.º 36, 2023, DOI: 10.24142/raju, pp. 247-276 © UNAULA

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

LA POSICIÓN DEL ESTADO COLOMBIANO EN EL MARCO GLOBAL Y REGIONAL DE LA GEOPOLÍTICA DEL AGUA

THE POSITION OF THE COLOMBIAN STATE IN THE GLOBAL AND REGIONAL FRAMEWORK OF WATER GEOPOLITICS

A POSIÇÃO DO ESTADO COLOMBIANO NO MARCO GLOBAL E REGIONAL DA GEOPOLÍTICA DA ÁGUA

ANA MARGARITA CARMONA-TAMAYO*
DANIEL RESTREPO-ARROYAVE**
LIDA LINEY RAMÍREZ-GONZÁLEZ***

Recibido: 27 de noviembre de 2022 - Aceptado: 13 de marzo de 2023 -
Publicado: 23 de mayo de 2023
DOI: 10.24142/raju.v18n36a11

* Estudiante de Ciencias Políticas, Universidad Nacional de Colombia Sede Medellín, Facultad de Ciencias Humanas y Económicas. CVLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/EnRecurso-Humano/query.do, Google Scholar: https://scholar.google.com/citations?user=QiCSOBIAAAA-J&hl=es, ORCID: https://orcid.org/0000-0002-7725-8865, correo electrónico: acarmonat@unal.edu.co

** Estudiante de Ciencias Políticas, Universidad Nacional de Colombia Sede Medellín, Facultad de Ciencias Humanas y Económicas. Correo electrónico: drestrepoar@unal.edu.co

*** Estudiante de Ciencias Políticas, Universidad Nacional de Colombia Sede Medellín, Facultad de Ciencias Humanas y Económicas. Correo electrónico: liramirezgo@unal.edu.co

Resumen

El presente artículo busca dimensionar la geoestratégica del agua y el lugar donde se ubica Colombia como potencia hídrica en el marco global y regional de la geopolítica del agua, describiendo si este recurso representa una ventaja para afrontar las problemáticas de un futuro próximo con escasez, en concordancia con la siguiente pregunta: ¿las fuentes hídricas colombianas constituyen una ventaja en el contexto internacional actual o futuro? La metodología que se aplicará será cualitativa, con elementos cuantitativos y fundamentos documentales, bajo una descripción hermenéutica. Para ello, se describirá la importancia de las fuentes hídricas, su contexto y la hidroestrategia nacional.

Palabras clave: geopolítica del agua, Colombia, recursos hídricos, escasez de agua, recurso geoestratégico, hidroestrategia.

Abstract

This paper seeks to assess the geostrategic dimension of water and the position of Colombia as a water power within the global and regional framework of water geopolitics. It describes whether this resource represents an advantage for Colombia to address future challenges of scarcity, in line with the following guiding question: Do Colombian water sources constitute an advantage in the current or future inter-

national context? The methodology applied will be qualitative with quantitative elements, based on documentary evidence and a hermeneutic description. To do so, the importance of water sources will be described, followed by an overview of the context of water sources, and finally, the national hydrostrategy will be described.

Keywords: Water Geopolitics, Colombia, Water Resources, Water Scarcity, Geostrategic Resource, Hydrostrategy.

Resumo

O presente busca dimensionar a geoestratégia da água e o lugar onde se situa a Colômbia como potência hídrica no marco global e regional da geopolítica da água, descrevendo se este recurso representa uma vantagem para a Colômbia enfrentar os problemas do futuro próximo com escassez, De acordo com a seguinte questão norteadora, as fontes de água colombianas constituem uma vantagem no contexto internacional atual ou futuro? A metodologia a aplicar será qualitativa com elementos quantitativos, com fundamentação documental, sob uma descrição hermenêutica. Para isso, será descrita a importância dos mananciais, em seguida será apresentado o contexto dos mananciais e em seguida será descrita a hidroestratégia nacional.

Palavras-chave: Geopolítica da Água, Colômbia, Recursos hídricos, Escassez de água, Recurso geoestratégico, Hidroestratégia.

Introducción

Colombia es uno de los países más ricos en agua, sin embargo, es uno de los que más desperdicia este recurso anualmente; a pesar de poseer una gran cantidad de fuentes hídricas solo las ciudades centrales o capitales ostentan el servicio de agua potable en sus casas las veinticuatro horas del día, los siete días de la semana. Según el Estudio Nacional del Agua del 2018, presentado por el Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales (IDEAM), hay 391 municipios en el país en riesgo hídrico. Por otro lado, se tiene una gran diversidad de recursos hídricos como los páramos, los ríos, las quebradas, las zonas costeras, el mar territorial, por mencionar algunos; recursos importantes por las siguientes razones: primero, ambientalmente, por su gran aporte a la creación de oxígeno y por ser vital para la vida; segundo, económicamente, por albergar dentro de sí una gran cantidad y variedad de minerales y otros recursos, y tercero, porque sirve para la consecución del Objetivo de Desarrollo Sostenible 6 (ODS 6) de acceso universal al agua, al saneamiento y la gestión sostenible de los recursos hídricos.

Pero a pesar de que se encuentra un marco normativo muy basto en cuanto a la gestión y protección de estos recursos hídricos, los gobiernos prefieren dar permisos y concesiones para que ciertas empresas hagan sus actividades extractivas o contaminantes, y que luego intenten mitigar cobrando pago por daños en impuestos o pago de multas por contaminación que en realidad no reparan el daño realizado. Todo esto es preocupante cuando se descubre que, según la Fundación Aquae, la demanda de agua crecerá un 55 % en el sector industrial, la producción eléctrica y el uso doméstico dentro de treinta años. El suministro de agua subterránea cada día es más escasa, la contaminación ha empeorado la calidad del agua y enfrentamos un aumento progresivo del estrés hídrico.

> Cuando hablamos de estrés hídrico nos referimos al momento en el que la demanda de agua es más alta que la cantidad disponible durante un periodo determinado de tiempo. También se puede aplicar cuando su uso se ve restringido debido a su baja calidad. El estrés hídrico provoca el deterioro de los recursos de agua dulce en lo que se refiere a cantidad y de calidad ("¿Cuánta agua dulce hay en el planeta?", 2022).

Por lo tanto, se nota un desaprovechamiento de la riqueza hídrica que se posee y que podría darnos paso a tratos más favorables con potencias o

un posicionamiento más elevado dentro de las dinámicas de la comunidad internacional en un futuro próximo, sin embargo, para lograrlo deberíamos garantizar la permanencia y la calidad de estos recursos, asegurar su administración a la totalidad del territorio colombiano y pensar en su uso geoestratégico en la inserción internacional, lo que demuestra un gran insumo de problemáticas dentro de esta temática que lleva al planteamiento de la siguiente pregunta de investigación: ¿las fuentes hídricas colombianas constituyen una fuente de poder o ventaja en el contexto internacional actual o futuro?, que se responderá a continuación.

Importancia de las fuentes hídricas de agua dulce como elementos geoestratégicos y su fragilidad por la crisis social, ecológica y climática global

Desde hace siglos se habla del uso geoestratégico del agua por medio del mar, específicamente en el control del comercio marítimo y los medios de hacer la guerra a través de este entorno; un ejemplo de ello es la teoría de Alfred Thayer Mahan, militar y geopolítico estadounidense que plantó las bases para justificar la idea de considerar que quien tuviera el poder marítimo controlaría el mundo; en su libro, publicado en 1890, titulado *La influencia del poder naval en la historia*, detalla una estrategia para mejorar la composición naval de Estados Unidos que permita defender los intereses nacionales por medio del poder marítimo —los valores políticos, comerciales y navales—, lo cual conlleva la ocupación y explotación del mar, las rutas de comercio y la ubicación estratégica para la guerra o protección de la paz, puesto que el autor ha identificado que las guerras más importantes de la humanidad se han dado en el entorno marítimo, resultando en la expansión del territorio y la ampliación de las fronteras (Mahan, 1901; 2000; 2020).

Otro autor que trata este tema es Nicholas John Spykman, geoestratega estadounidense quien usa la teoría del *Heartland* en busca de favorecer la situación norteamericana frente a los demás Estados del mundo, sacando otra teoría llamada la teoría de *Rimland*. Sus obras más famosas son *America's Srategy in World Politics* (1942) y *The Geography of the Peace* (1944b). El *Rimland* se refiere a la zona costera de Europa y Asia, es decir, la zona costera del *Heartland* que compone la mayoría de las rutas comerciales del planeta y permite el control de ciertos lugares como África y Oceanía, por

tener salida al mar; por esto, Estados Unidos debía asegurarse de que no surgiera ninguna potencia en el *Rimland*, y para lograrlo era necesario mejorar sus relaciones con Alemania y Japón para no dejar que Rusia avanzara hacia la costa y para mantener el equilibrio en Oriente; además, debía fortalecer su capacidad naval tanto en la costa este como en la costa oeste para evitar ataques de potencias de ambos lados, lo cual explica muchas de las decisiones estadounidenses en el contexto de la Guerra Fría (Vigilia pretium libertatis, 2017).

Así entonces, se ha demostrado histórica y teóricamente la importancia geoestratégica del agua, específicamente la salada, con el control marítimo, costero e incluso oceánico, para tener una mejor posición naval, comercial y política a nivel mundial, en pos de proteger y alcanzar los fines internos de cada nación; sin embargo, el papel geoestratégico comercial de este entorno no es solo para las rutas comerciales, también se da por la gran variedad de recursos naturales que albergan las zonas costeras y sus corales, además, el océano cumple una tarea ambiental muy importante que es la de aportar al equilibrio climático y al ciclo de vida del agua del planeta; por otro lado, con la tecnología actual se ha demostrado que se puede vivir sobre el agua, en espacios completamente artificiales, como las islas de Dubái, también dan vistas de nuevos puntos geoestratégicos para la seguridad naval como los buques de guerra portaviones, o los rompehielos que están conquistando los polos congelados de la tierra.

El agua salada no es la única con gran potencial geopolítico y geoestratégico, puesto que el agua dulce es el tema geopolítico de la actualidad

> como elemento vital del planeta, siempre ha sido relevante entre las diferentes culturas del mundo, pues de su existencia dependía la agricultura, ganadería y la vida de sus habitantes, por lo tanto, su disponibilidad ayudaba a la civilización, desde épocas antiguas" (Manzano, 2015, p. 133);

por esto, la mayoría de las antiguas civilizaciones se organizaban cerca de ríos o lagos para autoabastecerse del recurso, e incluso se ha visto como una de las causas de los conflictos en muchas civilizaciones en el mundo.

Como dice el análisis del geopolítico argentino especialista en geoestrategia y defensa Damián Jacubovich, hay varias razones por las que este es un recurso importante; primero por ser vital para la vida del ser humano, como ya se explicó en el párrafo anterior, pero también para la subsistencia de los ecosistemas en los que vivimos. Segundo, es aún más relevante cuan-

do luego de saber lo necesaria que es para la vida se confirma su escasez, puesto que a pesar de que nuestro planeta esté cubierto en un 71 % de agua solo el 2,5 % de esta es agua dulce, de la cual el 69 % se encuentra en estado sólido en los polos, y del porcentaje restante se tiene que hay un 10 % en estado gaseoso, y del 21 % restante que se encuentra en estado líquido el 96 % se halla en reservas subterráneas del planeta ("¿Cuánta agua dulce hay en el planeta?", 2022; Jacubovich, 2015, minuto 1:35), lo que nos deja con acceso solo al 0,3 % del agua que se encuentra en la superficie. Jacubovich nos dice que una de cada siete personas no tiene acceso al agua potable, y que las problemáticas con el saneamiento del agua han matado y seguirán matando más personas de las que han muerto en las guerras. Por último, el tercer punto hace referencia a que este es el recurso que más se usa en la mayoría de las industrias y los procesos productivos —especialmente la agricultura—, comerciales y lúdicos, donde, por ejemplo, los "campos de golf usan el agua que se calcula servirían para doscientas mil personas" (Ginés, 2015, p. 1).

Jacubovich también comenta que para el 2025 se calcula que 1 800 000 personas van a vivir en zonas con absoluta escasez de agua, lo que causará una gran migración por el cambio climático, e informa que ya hay lugares donde cuesta más una botella de agua que una de Coca-Cola, y atribuye esta situación a tres causas: primero, el aumento de demanda del recurso por el crecimiento poblacional a nivel mundial; segundo, por la enorme cantidad de agua que necesita la producción de alimentos que se consumen normalmente en la actualidad, y tercero, pero no menos importante, por el cambio climático (Jacubovich, 2015) que ha modificado las estaciones de lluvia y su duración, ha causado un mayor impacto del sol, que además de ayudar a derretir los polos y glaciares continentales ha evaporado lagos y arroyos y, por último, el aumento de la contaminación del agua.

Para tener datos un poco más exactos de la utilidad del agua, "según la Organización Mundial de la Salud (OMS), cada persona necesita al día entre 20 y 50 litros de agua, sin contaminantes químicos ni microbianos nocivos, para beber y para la higiene" ("El agua como recurso geoestratégico", 2021); además, a esto se suma que se usa un 70 % para la agricultura, 15 % en la industria y 15% para uso doméstico. En agravio de la situación se sabe que

> hoy en día, más de 1000 millones de personas no tienen acceso al agua potable, mientras que 2600 millones carecen del saneamiento adecuado. Al mismo tiempo, diez países concentran más de la mitad de las reservas de agua dulce del mundo según la Agencia Central de Inteligencia estadounidense ("El agua como recurso geoestratégico", 2021).

Este geopolítico contemporáneo afirma que América Latina tiene gran parte de este recurso vital, exactamente el 33 % —tal y como se muestra en la figura 10.1— en manglares, humedales, nieves eternas en sus cordilleras, ríos, lagos y pantanos; además, en casi todo el territorio subcontinental de esta región

> se registran niveles de reposición de agua mayores a 500 mm/año, lo que constituye el principal factor de abastecimiento de los sistemas acuíferos de la región. […] para el abastecimiento de agua dulce, manutención y reproducción de los sistemas ecológicos y la biodiversidad en la región (Bruckmann, 2012, p. 11).

Esta zona del continente está retrasada en políticas para la protección y el manejo de dicho recurso, ya que falta concientización en el tema y hay muchos problemas políticos a su alrededor, enfrentando dilemas y conflictos acerca de cómo usarlo comercialmente en estas zonas, pues no se sabe si priorizar su uso capitalista o humanitario, y plantea la cuestión acerca de la ONU que proclama el acceso al agua potable como un derecho y un objetivo de desarrollo de la humanidad, por lo que plantea las preguntas: ¿entonces el poderío del uso comercial del agua está descartado? ¿Las grandes potencias se adueñarán de este recurso como lo han hecho con otros recursos naturales a través de la historia? ¿Se seguirá priorizando el crecimiento económico capitalista o se apostará por uno verde? (Jacubovich, 2015).

Figura 10.1 Nivel de vulnerabilidad al estrés hídrico en el mundo

Fuente: Chevalier-Naranjo (2022).

La socióloga Mónica Bruckmann (2012) identifica dos visiones diferentes dentro de esta "disputa global por el agua": una basada en la lógica comercial y otra bajo la visión de derecho inalienable.

> La primera, basada en la lógica de la mercantilización de este recurso, que pretende convertirlo en un *commodity*, sujeto a una política de precios cada vez más dominada por el proceso de financiarización y el llamado "mercado de futuros". […] El Segundo Forum Mundial del Agua, realizado en el año 2000, declaró, en el documento final de la reunión, que el agua no es más un "derecho inalienable", sino una "necesidad humana". Esta declaración justifica, desde el punto de vista ético, el proceso en curso de desregulación y privatización de este recurso natural. La última reunión realizada con el nombre de IV Forum Mundial del Agua, en marzo del 2009 en Estambul, ratifica esta caracterización del agua. Un aliado importante del Consejo Mundial del Agua ha sido el Banco Mundial, principal impulsor de las empresas mixtas, público-privadas, para la gestión local del agua (Bruckmann, 2012, p. 9).

La segunda visión es defendida por movimientos sociales, activistas e intelectuales unidos por la defensa global del agua, los cuales están de acuerdo en que se debe propender por

> la creación de espacios democráticos y transparentes para la discusión de esta problemática a nivel planetario. [...] La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó en julio del 2010 la propuesta presentada por Bolivia, y respaldada por otros 33 Estados, de declarar el acceso al agua potable como un derecho humano. Como era previsible, los gobiernos de Estados Unidos, Canadá, Australia y el Reino Unido se opusieron a esta resolución, con lo cual, en opinión de Maude Barlow, exasesora sobre agua del presidente de la Asamblea General de la ONU, esta resolución pierde peso político y viabilidad práctica (Bruckmann, 2012, p. 9).

En cuanto a este tema, Karen Manzano (2015) considera que el que debería encargarse de la administración debe ser el Estado, pues es su trabajo procurar el acceso al agua potable a toda su población, pues dejar esto en manos del poder económico, como las multinacionales, transnacionales o grandes empresas, terminaría priorizando la ganancia sobre la vida. Sin embargo, desde hace tiempo el Banco Mundial ha expresado que para so-

lucionar los problemas relacionados con la escasez hídrica se debe dejar el recurso en manos de la empresa privada, "hecho que significaría que casi de forma inmediata los precios serían impagables por una parte muy grande de la población mundial" (Segrelles, 2007, p. 13), por tanto, algunos autores plantean que si se privatiza este recurso

> ¿cómo pagarán ese servicio los miles de millones de pobres que no tienen siquiera dinero para alimentarse? […] lo fundamental es comprender que el agua es un bien público, como el aire y el sol, y también un derecho humano (Segrelles, 2007, p. 14).

Hay que aclarar entonces bajo qué Estados debe quedar la responsabilidad de la administración y el manejo de este recurso, pues en las economías diversificadas y con altos patrones de consumo de tipo capitalista se gasta nueve veces más agua per cápita que la población en las periferias mundiales. "Pero, paradójicamente, o no tanto, los países desarrollados no disponen de acceso a fuentes de agua económica y abundantes" (Espasande y Dufour, 2021), por esto no sorprende que desde los noventa predomine el discurso que previene la escasez del agua por parte de organismos multilaterales, agencias internacionales y ONg.

> Este discurso representa un modo de legitimar la paulatina transferencia de las competencias de los Estados, sobre todo periféricos, como garantes del derecho al agua de calidad en beneficio de grupos transnacionales, a través de procesos de privatización de la gestión del recurso hídrico. A partir de ese momento, buena parte del agua potable del planeta quedó bajo control de grandes corporaciones de alcance global. Se calcula que próximamente unas pocas compañías transnacionales administrarán casi el 75 % del líquido empleado para consumo humano, debido a que cada vez más los gobiernos privatizan la gestión de los recursos hídricos poniendo en riesgo su capacidad soberana como garante del acceso al agua en tanto derecho inalienable de los pueblos. La privatización de las aguas es, en verdad, la aceptación de la privatización de un poder político. [...] De esa forma, la iniciativa privada se transforma en detentador del poder político real, o sea, del poder de decidir sobre la asignación y distribución del agua (Espasande y Dufour, 2021).

A propósito de todo esto, incluso en América Latina ya hay muchos países que padecen de estrés hídrico, y son Perú, Chile, Venezuela y Méxi-

co. Por lo que Jacubovich (2015) aconseja tener un buen marco legislativo, fortalecer la unión de la región, dándole a la Unión de Naciones Suramericanas nuevos trabajos y mayor relevancia a la hora de protegerla en pos de cambiar el chip político, priorizar el cuidado de la Pachamama y controlar este recurso; para lograrlo, recomienda dejar de lado los medios de progreso que con una mano generan posibilidades de supervivencia o ganancia pero con la otra destruyen todo el ecosistema, como la minería, que necesita miles de litros de agua para su comercialización y que es una práctica extractiva altamente contaminante y destructiva.

Como se puede ver, este recurso es un potencial causal de conflicto, por lo que es importante señalar que varios autores y organizaciones han identificado diversos conflictos alrededor del agua dulce en el mundo, tal y como se muestra en la figura 10.2, en la que se detallan las disputas entre Estados Unidos, Rusia, Canadá, el norte de Europa y China por la soberanía del Polo Norte, los conflictos alrededor de grandes ríos como el Nilo, el Colorado y el Amazonas, por ser parte de las fronteras naturales o por pasar a través de varios países en un mismo continente, entre muchos otros conflictos (“El agua como recurso geoestratégico”, 2021).

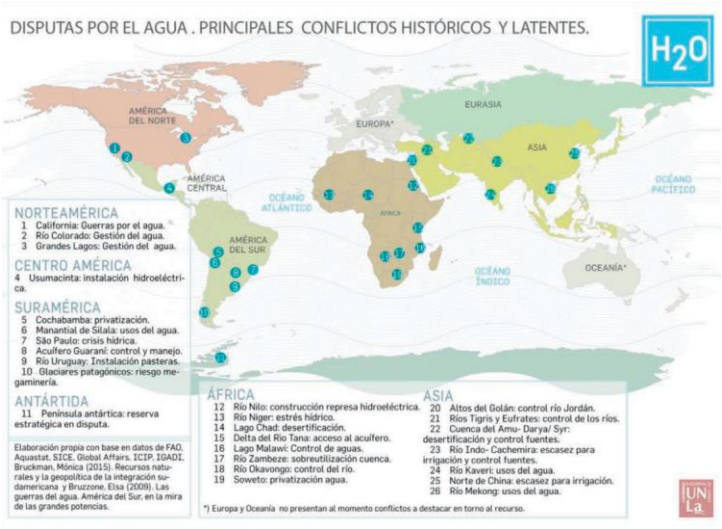


Figura 10.2 Principales disputas por el agua

Fuente: Espasande y Dufour (2021).

Específicamente en América Latina, además del potencial conflicto alrededor del río Amazonas se detectan problemas en la soberanía del Polo Sur, y en el hielo de las montañas que hay entre Chile y Argentina, pero también en los acuíferos de esta región, como se muestra en la figura 10.3, en la que podemos observar que la mayoría de dichos acuíferos se encuentran compartidas por varios países, por lo que se denota como potencial conflicto para saber cuál de ellos administraría estas fuentes (Espasande y Dufour, 2021). Gracias a estos análisis se vuelven realmente alarmantes las afirmaciones como las del exvicepresidente del Banco Mundial en 1995, Ismail Serageldin, quien dijo: "las guerras del próximo siglo serán por el agua", y luego, en el 2017, fue el papa Francisco quien exclamó: "Me pregunto si caminamos hacia la Gran Guerra Mundial del Agua" (Espasande y Dufour, 2021).

Figura 10.3 Acuíferos en Latinoamérica

Fuente: "Acuíferos transfronterizos de América del Sur" (2016).

Contexto acerca de las fuentes hídricas, distribución del agua por regiones y usos regulares del agua en Colombia

Colombia es un país que a nivel mundial ha sido considerado uno de los más ricos en recursos naturales, con el agua como uno de los más sobresalientes, dado que el territorio nacional cuenta con diferentes fuentes hídricas distribuidas por todas las regiones, aunque no de manera equitativa. A continuación, se detallarán los diferentes tipos de capital hidrográfico y los almacenamientos de agua existentes en Colombia, que posee aguas dulces y saladas gracias a los océanos, un mar de ríos y las aguas subterráneas.

En cuanto al agua salada se tiene que Colombia, por su ubicación y localización geográfica, tiene líneas limítrofes que lindan tanto con el océano Atlántico, por el norte, como con el océano Pacifico, por el noroeste. Según los acuerdos internacionales el país posee 658 000 km² y 330 000 km² en territorio marítimo, respectivamente para cada océano, obteniendo así una amplia zona acuática (Fronteras de Colombia, s. f.), por lo que el país se pone en la lupa internacional cuando se trata de asuntos como transporte y comercio marítimo, teniendo en cuenta los tratados y acuerdos internacionales que establezcan las reglas para el desarrollo de actividades de este tipo.

Entre las fuentes hídricas de agua dulce que hay en el territorio existe una cantidad de ríos que lo atraviesan, de los cuales los más reconocidos e importantes son el Magdalena, el Cauca, el Caquetá, el Putumayo, el Guaviare, el Meta y el Atrato; también "en el país hay más de 1800 lagunas y lagos, muchos de ellos situados a más de 2700 metros de altura sobre el nivel del mar" (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, s. f.), estos permiten mayor almacenamiento de agua consumible y útil para las actividades humanas.

En tercera y última instancia se trae a colación otro manantial muy común que corresponde a las aguas subterráneas, las cuales constituyen casi el 95 % del agua potable disponible, de ahí que se consideren fundamentales y necesarias para el suministro del bienestar humano, tanto en zonas urbanas como en zonas rurales, ya que con los problemas del cambio climático, la sobrepoblación y la demanda de este tipo de recursos, que cada vez es más constante, dichas aguas se convierten en las principales fuentes hídricas para la población. Por lo anterior, toma importancia que se entienda qué son y dónde se pueden almacenar:

> Las aguas subterráneas hacen parte del ciclo hidrológico, y son el resultado de la infiltración profunda a través de poros o grietas de sedimentos y rocas del agua proveniente de la precipitación o de fuentes superficiales interconectadas. De esta forma, el agua puede almacenarse en acuíferos que se constituyen en embalses naturales que puede ser aprovechada por el hombre para satisfacer diversas necesidades, o retornar de forma natural hacia sistemas acuáticos y terrestres interdependientes, cumpliendo una importante función reguladora de las corrientes hídricas o prestando diversos servicios ecosistémicos (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, s. f.)

Si bien estas contienen un alto porcentaje en cuanto a cantidad disponible, en algunas zonas se convierten en los únicos estanques de agua potable, por ejemplo, en el departamento de La Guajira el agua subterránea es el único surtidor de agua dulce bebible, ya que por su suelo seco y árido no hay más orígenes hídricos. Así mismo pasa en el departamento de Sucre y en San Andrés, en este último el 85 % del agua dulce pertenece al agua subterránea, pero aun así gran parte de ella está contaminada, pues en Colombia no se les da buen uso a los recursos como el agua porque abundan (Amaya, 2019), esto es el resultado de la poca conciencia y sentido de pertenencia en nuestra cultura política.

Este tipo de situaciones, un poco irónicas, como tener muchas fuentes de agua dulce pero que aun así existan zonas donde las personas sufren de deshidratación y mueren por su causa, se puede explicar porque "en Colombia la oferta natural no se distribuye homogéneamente entre regiones, por lo cual, se presenta en algunas zonas con mucha abundancia mientras que en otras es muy escasa, esto debido a la alta variabilidad espacial y temporal" (Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, 2010, p. 25), así mismo, Franco *et al.* (2020) explican que

> el agua, aunque es abundante, no llega por igual a todos sus pobladores. Los ríos, aunque se extienden como telarañas por el territorio, están siendo contaminados y, con el cambio climático, los patrones de precipitación cada vez son más impredecibles y extremos (p. 116).

Así las cosas, teniendo en cuenta que el principal suministro de agua en Colombia para los estanques, lagos y aguas subterráneas, además de la lluvia, es el proceso de escorrentía superficial, que se da la mayor parte del tiempo por la unión de corrientes o la disolución de glaciares que luego se

juntan formando arroyos, quebradas y ríos, se mostrará un pequeño análisis por regiones de la variabilidad espacial de la escorrentía en el país, realizado por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (2010); se tiene que, cerca de la capital del país hay baja oferta hídrica que oscila entre los 400 y 700 mm de escorrentía; luego, la región Caribe se reconoce por tener diversidad en su relieve, por lo que se encuentran diferentes valores de escorrentía según el departamento, desde 1000 mm en Santa Marta, por la Sierra Nevada, y desde 25 mm en La Guajira. Por su parte, en la región de la Orinoquía corren los ríos Arauca y Casanare con una escorrentía medianamente alta; en la región de la Amazonía se encuentran los ríos Caquetá, Putumayo, Vaupés y Guainía que presentan una valoración de escorrentías entre 3000 y 4200 mm, siendo bastante alto el nivel; finalmente, en la región Pacífica, por sus ríos, la escorrentía varía entre los 3000 y los 5200 mm. Lo anterior se representa en porcentajes de la siguiente manera: 11 % en la Región Magdalena-Cauca, 5 % en la región del Caribe, 18 % para la región del Pacífico, 34 % en la región de la Amazonia y 32 % en la región de la Orinoquía. Esto se ilustra en la figura 10.4, diseñada por el IDEAM en el Informe Anual sobre el Estado del Medio Ambiente y los Recursos Naturales Renovables en Colombia, citado por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (2010, p. 23).

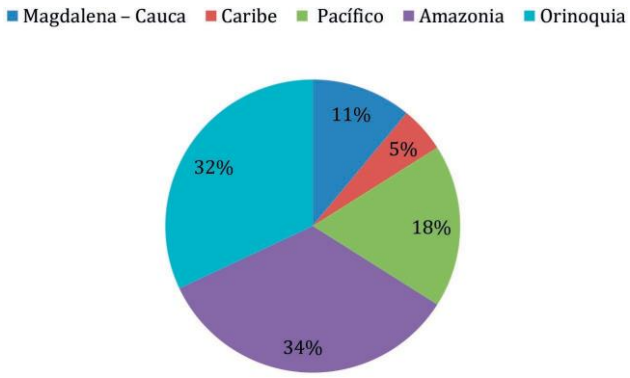


Figura 10.4 Volumen de agua en áreas hidrográficas representativas (en km^3)

Fuente: elaboración propia con base en
Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (2010).

Por otra parte, considerando que en el país se realizan diferentes actividades económicas que requieren del servicio del agua, se mostrará una estimación de las actividades en las que más se invierte este recurso con el fin de observar el uso y aprovechamiento que se le está dando. Según el IDEAM,

> el sector que más demanda agua es el agrícola con 16 760,3 millones de m^3 (46,6 % del total), seguido por el sector energía con 7738,6 millones de m^3 (21,5 % del total), el sector pecuario con 3049,4 (8,5 %) y el sector doméstico con 2963,4 (8,2 %).

Si bien se le está dando una utilidad a los recursos hídricos esta no siempre es buena. Algunos estudios han dicho que los colombianos nos confiamos del exceso de recurso sin ponerle cuidado a las problemáticas sociales y climáticas que nos pueden conducir a la escasez de esta; entre los resultados de las investigaciones que estudian esta situación se encuentra que

> la concentración de la población en los centros urbanos y la facilidad en el acceso al recurso, gracias a la infraestructura de acueducto y alcantarillado, influyen en el comportamiento humano frente al manejo del agua en las ciudades, lo que puede llevar por una parte al uso insostenible del recurso y, por otra, al almacenamiento de agua para diversos usos, que en algunos casos es mal manejado, favoreciendo la aparición de vectores que trasmiten enfermedades como el dengue, chikunguña y Zika, entre otras (Hernández *et al.*, 2020).

También cabe mencionar que cada vez existe más demanda del recurso, mientras que disminuye su disponibilidad, lo cual es preocupante, esto sin considerar que el agua presenta altos niveles de contaminación causados por la industria y los hogares, por lo que no solo es un problema de escasez, sino de estado del agua. A estos se le suman otros incidentes ambientales como la deforestación y la erosión de la tierra, lo que incrementa la escasez del agua debido a la pérdida de vegetación.

Lo dicho hasta aquí permite sustentar la debida normatividad para el uso, mantenimiento, buen aprovechamiento y cuidado del agua, así como acuerdos de permisos que desde el Gobierno se deben establecer para quienes quieran hacer megaproyectos industriales que puedan afectar las transparencias del agua. Entre estos se pueden destacar el Código de Recursos

Naturales Renovables de 1974, la Ley 99 de 1993 y la Política Nacional de Gestión Integral del Recurso Hídrico, que velan por la conservación y el uso del agua.

Un paso general por las regulaciones del manejo del agua y la hidroestrategia nacional de Colombia

Sin duda, a lo largo de los años el Estado colombiano, en reconocimiento de la importancia geoestratégica del agua como recurso insustituible y condición y soporte transversal para su preservación, su seguridad y desarrollo social, económico y político, y en ciertos casos como un activo o una ventaja geoestratégica para apalancar esos procesos de desarrollo desde distintos medios, así como en consideración de los problemas que suscita, por ejemplo los riesgos frente a su disponibilidad y sus usos inadecuados, ha desarrollado múltiples institucionalidades dirigidas a regular y evaluar las relaciones y gestiones que la sociedad desarrolla con los diferentes recursos hídricos en el territorio, así como para promover determinadas prácticas y estrategias, desde normativas como leyes, decretos y tratados internacionales, hasta políticas, planes estratégicos y acuerdos de cooperación internacional, vinculados a la formación y el funcionamiento de órganos administrativos y territoriales que busquen hacerlas efectivas.

En principio, en el marco constitucional, el agua como servicio público sería concebida como responsabilidad social del Estado bajo un modelo descentralizado, y como bien de dominio público sería regulada por este, sin embargo, a través de la Ley 142 de 1994 se daría pie a una mayor libertad de competencia en el sector del agua potable, dando lugar a que empresas particulares —incluyendo potencialmente transnacionales— pudiesen tener una mayor participación en la gestión del recurso y la prestación del servicio en detrimento, en ocasiones, de la existencia de empresas estatales en el área; así, por ejemplo, entre los prestadores municipales de servicio de agua y alcantarillado, para el 2011, el 61 % eran privados, frente a un 28 % mixtos y 11 % oficiales (Cadena-Montenegro, 2011, p. 145).

> Aunque el país ha adoptado medidas fundamentales para mejorar el marco institucional del agua, el sector aún está regido por numerosos intereses, leyes y fuentes de financiamiento contrapuestos que separan el diseño, la implementación y el seguimiento de las políticas y las inversiones (“Colombia: rica en agua, pero con sed de inversiones”, 2020).

A pesar de eso, es importante reconocer que los marcos normativos desarrollados internamente, en relación con el manejo del agua, suelen estar enfocados en lograr su preservación, así como su uso "sostenible". De este modo, se destacan varias leyes y regulaciones dentro de las que se han determinado los procedimientos y las limitaciones en el manejo de los recursos hídricos en el país. Entre estas se encuentra el Decreto 2811 de 1974 del Código Nacional de Recursos Naturales y de Protección al Medio Ambiente, en cuyo apartado tercero determina las normas para el manejo de los recursos hídricos, donde los particulares, como empresas y personas, pueden adquirir derechos para el uso del agua de acuerdo con ciertos requerimientos y condiciones, como, por ejemplo, de disponibilidad del recurso o del riesgo de agotamiento o contaminación. Así mismo, es importante institucionalmente la Ley 99 de 1993 que crea el Ministerio de Medio Ambiente y determina el Sistema Nacional Ambiental como marco institucional, cuyas funciones incluyen la formulación de políticas y regulaciones para el uso de recursos hídricos, así como el establecimiento de cargos mínimos por el uso del agua y la concesión de derechos y licencias para proyectos de infraestructura o productivos que pueden tener determinados impactos ambientales, procesos de concesión que, como se ha visto, suelen constituirse en espacios de disputa política y social, propicios para la influencia de diversos grupos de interés sobre las entidades de licencia ambiental a las que suelen oponerse grupos empresariales y órganos del Estado con interés en algún proyecto de infraestructura o extractivo frente a las comunidades, las organizaciones ambientales y, en ocasiones, las entidades públicas locales como prestadoras de servicios públicos hídricos, lo que se concreta en conflictos socioambientales relacionados con el agua que trascienden esos espacios institucionales.

Dentro de los órganos relevantes en la gestión del agua se destaca, además del Ministerio a nivel nacional, el IDEAM, el cual operaría la red hidrológica y meteorológica ambiental y estaría enfocado en la evaluación de los recursos hídricos, de modo que establece criterios para su clasificación y priorización, así como en la formulación de guías o protocolos metodológicos para el desarrollo de planes de ordenamiento sobre cuerpos hídricos y de supervisión de la implementación de los manejos del agua. En línea con este, también se resalta el papel de las Corporaciones Autónomas Regionales dentro de la gobernanza de los recursos hídricos; estas son instituciones públicas independientes integradas por representantes del ministerio y por entidades territoriales públicas y privadas que comparten una zona geográfica; entre sus funciones, siguiendo las políticas y guías del IDEAM, está la

asignación o concesión de recursos hídricos a usuarios, el control y los permisos sobre la contaminación del agua, el desarrollo de los planes de ordenamiento de cuencas y humedales y de proyectos de protección ambiental.

Asimismo, dentro de la gestión integral del recurso hídrico —que se tratará más adelante como política— se destacan las regulaciones sobre los usos y aprovechamientos del agua, particularmente en el Decreto 1076 del 2015 del sector del medioambiente, que determinan los accesos permitidos por parte de particulares al manejo de aguas y establecen ciertos órdenes de priorización para la concesión de derechos para los usos del agua que reflejan, en cierto sentido, y al menos formalmente, el orden de los intereses estratégicos que tiene el uso del agua para el Estado. Este orden es descrito de la siguiente manera:

- Utilización para el consumo humano, colectivo o comunitario, sea urbano o rural.
- Utilización para necesidades domésticas individuales.
- Usos agropecuarios comunitarios, comprendidas la acuicultura y la pesca.
- Generación de energía hidroeléctrica.
- Usos industriales o manufactureros.
- Usos mineros.
- Usos recreativos comunitarios.
- Usos recreativos individuales.
- El uso doméstico tendrá siempre prioridad sobre los demás, los usos colectivos sobre los individuales y los de los habitantes de una región sobre los de fuera de ella (Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, 2015, art. 2.2.3.2.7.6.) .

Priorización que en la realidad, como se mostró en el apartado previo, quedaría algo desdibujada considerando las faltas de garantías persistentes para el acceso al agua, de acuerdo con la norma, para una porción no poco significativa de poblaciones y territorios en el país, y así como los múltiples conflictos socioambientales que se presentan a raíz del uso del agua por actividades productivas en detrimento de los usos comunitarios y domésticos; sin embargo, en un nivel conceptual es interesante considerar esos órdenes de prioridad desde una perspectiva geopolítica; por un lado,

se privilegiarían intereses de subsistencia y saneamiento de la población, una condición biopolítica de alto interés para el funcionamiento claro del Estado, para su legitimidad y para responder a unas condiciones mínimas de demanda laboral determinada para el desarrollo económico imprescindible para la construcción de sus recursos de poder nacional y su consecuente proyección internacional; seguidamente, se privilegian usos en cierto orden de relevancia para ese desarrollo económico, por lo que no es raro que a los usos esencialmente de subsistencia le sigan los usos energéticos, transversales en todas las actividades productivas que le siguen en el orden , industriales y minero-extractivas, que se considera pueden tener una alta demanda relativa de los recursos hídricos, así como un alto impacto, como también lo hacen las prácticas de agricultura industrial que se asume están incluidas en esos "usos industriales o manufactureros".

Igualmente, en reconocimiento de que "desarrollar una estrategia en la que los recursos naturales no se cuidan podrían provocar el colapso del Estado" (Sierra *et al.*, 2022, p.) y de que las cuencas hidrográficas del territorio colombiano "proponen al país como un jugador geoestratégico a nivel fluvial en la región por su capacidad hídrica" (Vásquez, 2015, p.), es que se establecen intereses nacionales sobre los recursos hídricos. En ese sentido, la hidroestrategia "es la aplicación del Poder Nacional para lograr objetivos de Seguridad Nacional que estén relacionados con el empleo y el control de las reservas de agua del Estado" (Martínez, citado en Díaz, 2016, p. 20).

Teniendo en cuenta lo anterior, y siguiendo a Díaz (2016), una hidroestrategia eficaz, que le permitiría a Colombia posicionarse como "Potencia Regional Secundaria", debe ser integral en el sentido de que articule todos los actores y mecanismos del Estado, e implicaría el fortalecimiento estratégico del Poder Naval del Estado, el desarrollo de ciencia y tecnología incorporada, por ejemplo en la Corporación de Ciencia y Tecnología para el Desarrollo de la Industria Naval, Marítima y Fluvial, la capacitación internacional de recursos humanos y la potenciación de tratados internacionales que promuevan la conectividad internacional en las cuencas transfronterizas, como sería la Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Suramericana, por lo que la hidroestrategia también incluye "proyectos de infraestructura terrestre que conecten las principales arterias fluviales, garantizando el transporte multimodal y la movilidad de los organismos del Estado" (Díaz, 2016, p. 22). Así también

> la hidroestrategia contempla las estimaciones respecto a la economía hídrica sobre circunstancias concretas como la privatización del agua, el manejo de las cuencas y subcuencas nacionales, el suministro como servicio público y su garantía como derecho fundamental, pasando por el impulso del poder nacional para proteger el recurso mediante las actividades navales, de modo que se defiendan los intereses hídricos desde el control soberano de los territorios y sus recursos (Sierra *et al.*, 2022, p.).

De igual modo, Vásquez (2015) expone sucintamente los componentes estructurales que hacen de un poder marítimo y fluvial nacional una potencia internacional, entre los que destaca la necesidad de un factor geográfico favorable, que lo es en buen grado en el caso de Colombia, y de un potencial marítimo y fluvial garantizado por la convergencia de múltiples componentes, como lo es económicamente una organización para el uso comercial de los cuerpos hídricos, una estrategia nacional, diplomática y militar, un componente militar de integración y fortalecimiento del poder naval, un componente cultural relativo a las tradiciones marítimas y fluviales de la población y un componente de apoyo en la industria naval relativa a las tecnologías e infraestructuras pertinentes para el desempeño de ese poder naval.

Es entonces que, en la configuración de la hidroestrategia nacional, se reconoce que la Política de Defensa y Seguridad de Colombia calificaría el agua, el medioambiente y la biodiversidad como "interés nacional principal y prevalente", y por la que "su protección se convierte [...] en objetivo principal frente a los factores que depredan la riqueza hídrica y destruyen la naturaleza" (Sierra *et al.*, 2022, p.). Para Sierra *et al.* (2022), la estrategia que se gesta desde el Ejército nacional, en relación con los intereses marítimos y fluviales del Estado, estaría dirigida efectivamente hacia la protección, la gestión sostenible y optimización de los recursos que permitan el desarrollo comercial con el uso racional de los medios, además, "otro factor subyacente es la situación geopolítica marcada por la ubicación y dinámica de las cuencas oceánicas y las cuencas fluviales, que requieren una protección especial dada su importancia estratégica" (Sierra *et al.*, 2022, p.).

Así mismo, se puede decir que la hidroestrategia colombiana estaría en buena parte desarrollada en la Gestión Integral del Recurso Hídrico, definida como "un proceso que promueve la gestión y el aprovechamiento coordinado de los recursos hídricos [...] con el fin de maximizar el bienestar social y económico de manera equitativa sin comprometer la sustentabilidad de los ecosistemas vitales" (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sosteni-

ble, s. f.), y que focaliza acciones en materia de formulación de políticas, reglamentaciones y lineamientos en materia hídrica, planes para garantizar la disponibilidad y calidad del recurso hídrico y para el manejo de riesgos y vulnerabilidades, y la identificación de fuentes de financiamiento y la celebración de convenios de cooperación internacional. Es entonces que la gestión integral estaría ahora plasmada en la Política Nacional para la Gestión Integral del Recurso Hídrico (Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, 2010) reglamentada por el Decreto 1640 de 2012 y con un horizonte de doce años, en la que se establecen los objetivos y las líneas de acción estratégicas para el manejo del recurso hídrico en el país, su conservación, la optimización de la demanda, la mejora de la calidad, la minimización de la contaminación, la gestión integral de riesgos asociados a la oferta y disponibilidad, el fortalecimiento institucional y de la gobernabilidad, así como las capacidades de monitoreo sistemático del recurso hídrico, y que es dirigida por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible por medio del Consejo Nacional del Agua, cuya función es "la coordinación y articulación de las políticas, planes y programas de las entidades del Estado con la Política Nacional" (Decreto 585 del 2017, art. 2.2.8.3A.1.1, citado en Sierra *et al.*, 2022, p.); de esta forma se establece la obligación de integrar las múltiples cuestiones o ámbitos que implican la gestión del recurso hídrico, lo que sería un paso favorable en la articulación de una estrategia más integrada y coherente, considerando críticas como las realizadas por Vásquez, en tanto considera que las autoridades fluviales, por ejemplo, fueran dispersas y presenten dualidad de funciones. Esta política nacional sería desarrollada a partir de proyectos y actividades contenidos en los planes hídricos nacionales —los cuales se han adelantado hasta una fase II— que priorizan programas de interés para el medioambiente y no sustituirían los planes de acción territoriales en materia de gestión del agua, de modo que estarían dirigidos a articular una dirección estratégica nacional manteniendo un grado de gobernanza y autonomía territorial.

Frente a la política oceánica, Sierra *et al.* (2022) exponen que

> teniendo en cuenta el bajo alcance y aprovechamiento del potencial de los océanos y sus recursos en las dos políticas relacionadas con asuntos oceánicos (la Política Nacional Ambiental para el Desarrollo Sostenible de los Espacios Oceánicos y las Zonas Costeras e Insulares de Colombia —PNAOCI— de 2000 y la Política Nacional del

> Océano y los Espacios Costeros —PNOEC— de 2007), el documento CONPES 3990 (2020) Colombia potencia bioceánica sostenible 2030 se plantea el objetivo de proyectar a Colombia como una potencia bioceánica por medio del aprovechamiento de su ubicación estratégica, sus condiciones oceánicas y el desarrollo sostenible del país (p.).

En el ámbito fluvial se destaca el Plan Maestro Fluvial orientado a la reactivación del modo fluvial y la recuperación de las principales cuencas fluviales, y dirigido por el Departamento de Planeación y el Ministerio de Transportes, que incluye la participación y el fortalecimiento de la Armada Nacional para proteger las líneas de comunicaciones; sin embargo, se critica —por ejemplo, desde pensadores en las fuerzas armadas— que no presente un plan de seguridad integral, sino un papel limitado a criterios de seguridad zonal o de control de la criminalidad y con una superposición de organismos del Estado (Díaz, 2016).

En consideración de la estrategia fluvial colombiana, Vásquez (2015) considera que hay insuficiencias en los "factores económicos, doctrinarios militares y la voluntad política del Estado" (p.), esto al exponer, como se vislumbró anteriormente, que por un lado la autoridad fluvial estaría deteriorada en la descentralización, la desarticulación y la dualidad de funciones, lo que no haría prácticas las tomas de decisiones y el desarrollo de líneas de acción para el mayor progreso y el control más eficaz de los ríos y sus riberas. Así mismo, considera que en Colombia se tienen las condiciones geográficas que no serían óptimamente explotadas, de modo que el desarrollo del factor económico necesario para una hidroestrategia pertinente y un poder marítimo y fluvial de potencia en Colombia sería insuficiente, en tanto que las vías fluviales estarían subutilizadas como medios para la dinamización económica y el desarrollo e interconexión regional, poniendo en perspectiva, por ejemplo, que solo el 1 % del transporte de mercancías en el país se realiza por estas vías fluviales, debido más allá de limitaciones naturales o geográficas, a la falta de infraestructuras apropiadas, y que bajo ciertas condiciones podría llegar a ser más económico y competitivo que otros medios más utilizados.

Es entonces que Vásquez (2015) considera que el Plan Maestro Fluvial, en tanto que muestra la voluntad del Estado en restablecer la navegación fluvial a partir del mejoramiento y la ampliación de la infraestructura de transporte fluvial y el mejoramiento del ordenamiento institucional y el sistema de transporte fluvial, lograría fortalecer la integración y cohesión

regional del país, "generando puntos nodales materializados en puertos multimodales que ayudarán a desarrollar esquemas competitivos" (Vásquez, 2015, p.). También considera que la estrategia de la Armada Nacional ha permitido que incremente su poder y tecnología, lo que habría permitido aumentar sus líneas logísticas de operación y potencialmente unas mayores capacidades para enfrentar amenazas delincuenciales en los ámbitos fluviales, lo que permitiría que las regiones se dinamicen más en el marco de una economía lícita (Vásquez, 2015).

Así mismo, Sierra *et al.* (2022) consideran que en la práctica los Estados enfrentan múltiples amenazas para una gestión integral de los recursos hídricos que permita alcanzar sus intereses nacionales, particularmente de seguridad nacional, y que plantean el cuestionamiento sobre las capacidades estatales en el ejercicio territorial de su soberanía; entre esas amenazas se destacan los aprovechamientos ilegales e ilícitos del agua que tienden a presentarse en dinámicas transnacionales por parte de actores armados al margen de la ley; es en ese marco en que una hidroestrategia nacional debe incluir los objetivos y mecanismos que se deben implementar para poder enfrentar dichas amenazas, entre las que se encontrarían, particularmente en las zonas de frontera y en un contexto de conflicto armado persistente, la contaminación y degradación ambiental por actividades ilícitas como la minería y la tala ilegal, así como la producción de narcóticos y su transporte vía fluvial, el tráfico de armas y demás actividades de contrabando y tráfico delincuencial.

> Las instituciones encargadas de liderar este enfoque estratégico, en especial las Fuerzas Armadas, deben innovar y promover cambios estructurales para un mejor funcionamiento, con el fin de impedir que estas amenazas y desafíos desestabilicen el funcionamiento del Estado y las garantías que este proporciona a sus habitantes (Sierra *et al.*, 2022, p.).

Así, por ejemplo, Vásquez (2015) expone que las dinámicas fluviales en el conflicto armado y las amenazas asimétricas de carácter transnacional, producto de la combinación entre el narcotráfico y el terrorismo, habrían abocado a la Fuerza Pública a "desarrollar un esquema de seguridad fluvial atendido por la Infantería de Marina, perfeccionando técnicas y tácticas fluviales que han posicionado a la Armada Nacional como referente en este tipo de operaciones a nivel mundial" (p.). Lo que ha suscitado además el

desarrollo de acuerdos de cooperación e integración en seguridad con las fuerzas armadas de otros países como Perú y Brasil, con el proyecto, por ejemplo, "Patrullero Amazónico", para el control del río y la protección medioambiental, sustentado en el Tratado de Cooperación Amazónica de 1978, el cual buscaría promover y garantizar el uso "sostenible" de los recursos naturales e hídricos en la cuenca del Amazonas. Escenarios de cooperación que, según Vásquez (2015), le permiten al Estado asumir una posición de influencia con sus vecinos, así como una posición conjunta de disuasión que contribuya a la defensa nacional.

Así mismo, hay factores de riesgo o amenaza que se considera que superarían en buena parte las capacidades de control y gestión del Estado colombiano; si bien se han planteado proyectos y regulaciones para la prevención de riesgos relacionados —como el Proyecto del Canal del Dique en el Caribe— que se considera serían insuficientes frente a los ritmos de cambio que se proyectan, amenazas vinculadas a los procesos globales de afectación ecológica y climática que también tienen una creciente e importante incidencia sobre los ecosistemas, los ciclos hidrológicos y los fenómenos climáticos extremos —como el fenómeno del Niño y de la Niña— en el territorio colombiano, y sobre cuyos efectos se reflexionará algo más en el apartado final.

Conclusiones

A modo de conclusión, se encuentra que, efectivamente, el agua dulce tiene mucha relevancia geoestratégica a nivel mundial, regional y estatal, pues como se ha visto a lo largo de todo el texto, tanto desde la historia, la teoría y la práctica, este recurso ha sido importante para la sobrevivencia, pues ha definido la organización comunitaria del mundo y el camino al desarrollo, por lo que se deberían adelantar las legislaciones que prioricen el cuidado y la administración equitativa del agua, por lo que se concluye que este recurso debería estar en manos del Estado y no en las manos del hambriento y devastador capitalismo; sin embargo, es en este contexto en el que se ve implicado el recurso en varios conflictos por su soberanía.

Por lo tanto, se ve la necesidad de que cada país se apropie de la responsabilidad que tiene con las fuentes hídricas, para que no pase como con la distribución de la tierra, que también debería ser manejada por el Estado y que actualmente le pertenece a un pequeño grupo élite; tampoco se debe dejar que este recurso termine en manos de las grandes potencias,

como han hecho siempre con el oro y el petróleo, monopolizando el recurso, haciéndolo inaccesible para los que viven junto a este. Por esta razón, se denota la importancia de mejorar las relaciones regionales en América del Sur para asegurarse la ostentación del recurso dentro de sus territorios y ver la posibilidad de una exportación de los excedentes bajo una balanza comercial favorable, no como ocurre con otros recursos naturales de la región que se importan a pesar de que el territorio hace unos años era completamente capaz de autoabastecerse de ese recurso, por ejemplo, el arroz en Colombia.

En cuanto al caso específico de Colombia , se concluye que la riqueza hídrica, como una condición favorable, mas no suficiente, es una de las problemáticas más preocupantes que enfrenta el país, ya que a partir de los estudios revisados se puede notar que en nuestra cultura política no somos conscientes de las graves consecuencia sociales, climáticas y ambientales a las que nos puede conducir el mal uso y aprovechamiento del agua, lo que trae como un factor de riesgo el estrés hídrico, situación alarmante y comprometedora para las actuales y futuras gestiones administrativas del agua .

Si bien se reconoce cierto potencial geográfico para el desarrollo de estrategias que le permitan a Colombia proyectarse como una potencia marítima y fluvial regional, y que se presentarían ciertos desarrollos institucionales y políticos en esa dirección, se repara que, considerando las distribuciones geográficas desiguales de los recursos hídricos, así como su demanda en el territorio colombiano, que deriva a que haya regiones con mayores riesgos de situaciones de estrés hídrico, de desabastecimiento —en parte por su sobreexplotación— y mayores impactos en la calidad del agua debido a su mayor polución, no se puede asegurar que la posición de Colombia sea tan favorable como parece cuando se suele destacar su amplia riqueza hídrica, así como su bajo nivel promedio de vulnerabilidad al estrés hídrico (como sugiere la figura 10.1).

Y es que se recuerda que “desde sequías extremas hasta inundaciones graves, Colombia ya está presentando síntomas de inseguridad hídrica en todo su territorio, que reflejan sus problemas de ‘exceso, escasez y contaminación’ del agua” (“Colombia: rica en agua, pero con sed de inversiones”, 2020). Así, las múltiples temporadas de condiciones climáticas extremas, ligadas a las formas en que está organizada la gestión y distribución del recurso hídrico en el país, como de los ordenamientos territoriales, han tenido sus impactos significativos en la sociedad e implican difíciles procesos de respuesta y adaptación, desde impactos directos, pensados especialmente en las temporadas de invierno que implican el crecimiento de caudales y

mayores riesgos de inundación, con la generación de desastres públicos con importantes afectaciones desde la pérdida de vidas y asentamientos humanos, así como de infraestructuras, particularmente de vías de transporte y de servicios públicos —afectando también las capacidades para el abastecimiento hídrico— y recursos o procesos productivos como las producciones agrícolas —también muy afectadas por los fenómenos de sequía—, lo que suele implicar impactos desestabilizantes y socavantes en los procesos de desarrollo económico y social, con sus necesarios gastos públicos en recursos y esfuerzos para dar respuestas a corto y mediano plazo (con planes de reconstrucción y futura prevención y gestión de riesgos ambientales), así como los riesgos sobre la legitimidad social del ordenamiento político y las autoridades públicas.

Además, con el continuo deterioro antropogénico y producto de las variaciones climáticas de los ecosistemas estratégicos en la generación de fuentes hídricas superficiales, como los páramos, los bosques altos y los glaciares montañosos, los riesgos de sequía y el desabastecimiento, especialmente de los principales centros urbanos y para la generación hidroeléctrica de energía, se incrementarían con el tiempo. A todo ello se suman los riesgos y costos sociales que implican la contaminación de las fuentes hídricas como consecuencia de las múltiples actividades productivas y la disposición de residuos.

Motivos por los que los factores geográficos favorables, en relación con la amplia presencia de recursos hídricos con ecosistemas biodiversos, pueden suponer hasta cierto grado un factor de resiliencia potencial del país y de su seguridad hídrica ante los efectos del cambio climático y la crisis ecológica, lo que puede suponer una ventaja internacional relativa, pero al mismo tiempo, en otros casos y momentos, pueden suponer altos factores de riesgo ante los sucesos climáticos extremos por lo general de difícil control por parte del Estado y la sociedad. Este es un contexto aún más crítico en el que los Estados en la práctica ponderan el grado en el que deberían expandir su poderío nacional a expensas de la posibilidad de socavar las condiciones que hacen posible su propia existencia estable, como lo es una disponibilidad adecuada del agua y que generalmente no parece ir por buen camino.

Referencias

Amaya, E. (2019). Aguas subterráneas en Colombia. https://www.reverdeceringenierosconsultores.com/post/aguas-subterr%C3%A-1neas-en-colombia.

Acuíferos transfronterizos de América del Sur (2016). *Aquabook*. https://aquabook.irrigacion.gov.ar/414_0.

Bruckmann, M. (2012). La centralidad del agua en la disputa global por recursos estratégicos. América latina en movimiento. https://vientosur.info/documentos/Agua%20Alai.pdf.

Cadena-Montenegro, J. L. (2011). Geopolítica del agua en Colombia: la seguridad humana frente a los intereses transnacionales. *Revista CIFE*, *13*(19), 127-150.

Causas y consecuencias de la contaminación del agua en Colombia (2021). *Observatorio Regional Ambiental y de Desarrollo Sostenible del Río Bogotá*. http://www.orarbo.gov.co/es/con-la-comunidad/noticias/causas-y-consecuencias-de-la-contaminacion-del-agua-en-colombia#:~:-text=En%20ese%20informe%20se%20evidencia,agua%20en%20todo%20el%20pa%C3%ADs.

Chevalier-Naranjo, S. (2022). ¿Qué países corren mayor riesgo de quedarse sin agua? https://es.statista.com/grafico/23730/vulnerabilidad-al-estres-hidrico-alrededor-del-mundo/#:~:text=Seg%C3%BAn%20los%20datos%20presentados%20en,aumentar%20hasta%20los%205.400%20millones.

Colombia: rica en agua, pero con sed de inversiones (2020). *Banco Mundial*. https://www.bancomundial.org/es/news/feature/2020/09/02/colombia-water-security.

¿Cuánta agua dulce hay en el planeta? (2022). *Fundación Aquae*. https://www.fundacionaquae.org/que-cantidad-de-agua-dulce-hay-en-el-planeta/.

Díaz, W. A. (2016). Incidencia del agua como recurso estratégico para Colombia a nivel regional. *Ensayos sobre Estrategia Marítima*, *1*(1), 15-26.

El Khalili, A. (2017). Geopolítica del agua: Agua para la Guerra - Agua para la Paz. *Biodiversidad en América Latina*. https://www.biodiversidadla.org/Documentos/Geopolitica_del_Agua_Agua_para_la_Guerra_-_Agua_para_la_Paz.

El agua como recurso geoestratégico (2021). *Eulixe*. https://www.eulixe.com/articulo/infografia-del-dia/recursos-naturales-campo-batalla-presente-futuro-parte-1/20211018025245024433.html

Espasande, M. y Dufour, E. (2021). Sed: disputas por el agua. *Portal Geopolítica de Recursos Estratégicos*. http://centrougarte.unla.edu.ar/geopolitica-de-recursos-estrategicos/agua.

Franco, A., Sánchez, J. A., Guerra, W., Reynolds, J., Speich, S., Cantera, J., Gutiérrez, F. y Peña, E. (2020). *Colombia, la oportunidad del agua: dos océanos y un mar de ríos y aguas subterráneas Propuestas del Foco de Océanos y Recursos Hidrobiológicos*. Vicepresidencia de la República de Colombia; Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación. https://minciencias.gov.co/sites/default/files/upload/paginas/ms_vol_7_oceanos_digital.pdf.

Fronteras de Colombia (s. f.). Límites marítimos. https://sogeocol.edu.co/Ova/fronteras_colombia/definicion/limites_conformacion_maritimos.html.

Geografía de Colombia-II (s. f.). https://www.colombia-sa.com/geografia/geografia2.html.

Ginés, A. (2015). Un campo de golf consume al año el mismo volumen de agua que 200.000 personas. *Rebelión*. https://rebelion.org/un-campo-de--golf-consume-al-ano-el-mismo-volumen-de-agua-que-200-000-personas/.

Hernández-Gómez, R., Morales-Rozo, C., Llanéz, H., Castillo, J. M., Espinosa, N., Blanco, A. y Luna-Acosta, A. (2020). El agua en Colombia: retos y desafíos para la gestión integral, conservación y usos del recurso hídrico. https://www.javeriana.edu.co/pesquisa/el-agua-en-colombia-retos-y-desafios-para-la-gestion-integral-conservacion-y-usos-del-recurso-hidrico/.

Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales (IDEAM). (s. f.). Demanda hídrica y uso del agua subterránea. http://www.ideam.gov.co/web/siac/demandaagua#:~:text=El%20sector%20que%20m%C3%A1s%20demanda,4%20(8%2C2%25).

Jacubovich, D. (2015). *Geopolítica del agua en América y el mundo*. YouTube. [video]. https://www.youtube.com/watch?v=ywiswJ15JMg.

Mahan, A. (1901). *Influencia del poder naval en la historia 1660-1783*. Imprenta de El Correo Gallego. https://archivohistoricodemarina.mil.pe/Documentos/BIBLIOTECA/LIBROS%20Y%20MISCELANEOS/pdf/Influencia%20del%20Poder%20Naval%20en%20la%20Historia%201660-1783.pdf?_t=1572378098.

Mahan, Al. (2000). *El interés de Estados Unidos de América en el poderío marítimo. Presente y futuro*. Universidad Nacional de Colombia. https://archive.org/details/el-interes-de-estados-unidos-de-america-en-el--poderio-maritimo-alfred-t.-mahan.

Mahan, A. (2020). *Teoría del poder marítimo*. YouTube. [video]. https://www.youtube.com/watch?v=Shyqy3fPgOI.

Manzano, K. I. (2015). Campos de Hielo Sur: el agua y su rol geopolítico. *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, *10*(2), 131-151. https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=92740054007.

Martín, L. y Justo, J. B. (2015). *Análisis, prevención y resolución de conflictos por el agua en América Latina y el Caribe*. Cepal.

Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (s. f.). Aguas subterráneas y acuíferos. https://www.minambiente.gov.co/gestion-inte- gral-del-recurso-hidrico/aguas-subterraneas-y-acuiferos/.

Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (2010). *Política Nacional para la Gestión Integral del Recurso Hídrico*. Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Montoya-Domínguez, E. y Rojas-Robles, R. (2019). Normatividad del agua en Colombia. ¿Democratización o privatización? *Revista Luna Azul*, (49), 126-145. http://lunazul.ucaldas.edu.co/index.php/english-version/91-coleccion-articulos-espanol/329-normatividad-del-agua-en-colombia.

Segrelles, J. A. (2007). Geopolítica del agua en América Latina: dependencia, exclusión y privatización. XVI Simposio Polaco-Mexicano. Universidad de Varsovia, 28-30 de agosto.

Sierra, P. A., Fonseca, T. L. y Sánchez, J. A. (2022). Análisis de la hidroestrategia y el derecho humano al agua en Colombia. *Revista Científica General José María Córdova*, *20*(37), 25-43. https://dx.doi.org/10.21830/19006586.811.

Spykman, N. (1942). *America's strategy in world politics*. Harcourt Brace and Company. https://archive.org/details/in.ernet.dli.2015.5673.

Spykman, N. (1944a). *Estados Unidos frente al mundo*. Fondo de Cultura Económica, https://archive.org/details/estados-unidos-frente-al-mundo-nicholas-john-spykman-v

Spykman, N. (1944b). *The geography of the peace*. Harcourt Brace and Company, https://ia904502.us.archive.org/34/items/the-geography-of-the-peace-nichoals-spykman-1943-questia/THE%20Geography%20of%20the%20Peace%20-%20Nichoals%20Spykman%20-%201943%20-%20Questia.pdf.

Vásquez, R. (2015). La proyección de Colombia como potencia fluvial mundial en el siglo XXI. *Revista Ensayos de Estrategia Marítima*, *1*, 53-64.

Vigilia pretium libertatis (2017). *La teoría del Rimland de Spykman*. YouTube. [video]. https://www.youtube.com/watch?v=KEyqtbxXcKY.

Revista *Ratio Juris* Vol. 18 N.º 36, 2023, DOI: 10.24142/raju, pp. 277-304 © UNAULA

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

LA PROTECCIÓN PENAL DE LOS DERECHOS AFECTADOS POR LOS DELITOS CONTRA LA LIBRE COMPETENCIA A TRAVÉS DEL PRISMA DE LOS DERECHOS HUMANOS: LA IMPORTANCIA DE UN MANDATO DE CRIMINALIZACIÓN INTERNACIONAL EN LA ERA DE LAS *BIG TECH*

THE CRIMINAL PROTECTION OF RIGHTS AFFECTED BY ANTITRUST CRIMES THROUGH HUMAN RIGHTS LENS: THE IMPORTANCE OF AN INTERNATIONAL MANDATE FOR CRIMINALIZATION IN THE ERA OF BIG TECH COMPANIES.

PROTEÇÃO PENAL DOS DIREITOS AFETADOS POR CRIMES CONTRA A LIVRE CONCORRÊNCIA SOB O PRISMA DOS DIREITOS HUMANOS: A IMPORTÂNCIA DE UM MANDATO DE CRIMINALIZAÇÃO INTERNACIONAL NA ERA DAS BIG TECHS

DENISE NEVES-ABADE*

Recibido: 27 de noviembre de 2022 - Aceptado: 13 de marzo de 2023 -
Publicado: 23 de mayo de 2023
DOI: 10.24142/raju.v18n36a12

* Doctora em Derecho Constitucional y Procesal por la Universidad de Valladolid (España), profesora de la Facultad de Derecho de la Universidade Presbiteriana Mackenzie (Brasil), coordinadora del grupo de trabajo "Equity and Criminal Justice" en el Berkeley Center on Comparative Equality and Anti-Discrimination Law, University of California, Berkeley. Lattes: http://lattes.cnpq.br/8867992867299068, ORCID: 0000-0001-5855-2543, correo electrónico: denise.abade@mackenzie.br; deniseabade@gmail.com

Resumen

El uso de las vías penales es visto hoy por los tribunales internacionales de protección de los derechos humanos como defensa eficaz de los bienes jurídicos cuya violación afecta los derechos sociales. Esos derechos son violados cuando hay prácticas perjudiciales a la libre competencia, especialmente en la era de las llamadas *big tech* (grandes empresas de tecnología) que están siendo acusadas en varios países de formar un tipo de cártel, monopolizando los mercados y limitando la competencia. Sin embargo, la eficacia de la persecución penal, en vista de las conductas de competencia desleal, no puede verse comprometida en nombre de una supuesta eficiencia económica, pues los conceptos no son necesariamente antagónicos. La respuesta penal, como resultado de la afirmación de la "protección del mercado" y también de la protección de los derechos difusos y de los derechos humanos implicados, es una salida para la eficacia en la sanción de dichas conductas.

Palabras clave: delitos contra la competencia, *big tech*, protección penal de los bienes jurídicos colectivos, mandatos de criminalización, protección de derechos humanos, derecho penal.

Abstract

The use of criminal proceedings is now seen by international human rights protection courts as an effective defense of legal assets whose violation affects social rights. These rights are violated when harmful practices to free competition occur, especially in the era of so-called *big tech* companies. Large technology companies are being accused in several countries of forming a type of cartel, monopolizing markets, and limiting competition. However, the effectiveness of crim-

inal prosecution in view of unfair competition practices cannot be compromised in the name of supposed economic efficiency, as these concepts are not necessarily antagonistic. The criminal response, as a result of asserting both "market protection" and the protection of diffuse rights and the human rights involved, provides an avenue for effectively sanctioning such behaviors.

Keywords: Antitrust crimes, Big Techs, Criminal Protection of diffuse and collective rights, Human rights, criminal law protection.

Resumo

A utilização do processo penal é vista hoje pelos tribunais internacionais de proteção dos direitos humanos como uma defesa efetiva de direitos jurídicos cuja violação afeta os direitos sociais. Esses direitos são violados quando há práticas lesivas à livre concorrência, principalmente na era das chamadas "Big Techs" (grandes empresas de tecnologia). Grandes empresas de tecnologia estão sendo acusadas em vários países de formar uma espécie de cartel, monopolizando mercados e limitando a concorrência. No entanto, a eficácia da persecução penal face às condutas de concorrência desleal não pode ser comprometida em nome de uma suposta eficiência económica, até porque os conceitos não são necessariamente antagónicos. A resposta penal, em decorrência da afirmação da "proteção do mercado" e também da proteção dos direitos difusos e dos direitos humanos envolvidos, é uma saída para a eficácia na sanção das referidas condutas.

Palavras-chave: Crimes contra a concorrência, Big Techs, Tutela penal dos bens jurídicos coletivos, Mandatos de criminalização, Tutela dos direitos humanos, direito penal

Introducción

En el 2017, Facebook fue multado con 110 millones de euros por la Unión Europea (UE) por proporcionar información engañosa sobre su adquisición de WhatsApp en el 2014, lo que violó la ley antimonopolio de la UE. La Comisión Europea dijo que impuso una multa a la empresa tecnológica para enviar un mensaje de que todas las empresas deben cumplir con las reglas de competencia de la UE (Yun, 2017). Cuando Facebook se hizo cargo del servicio de mensajería de WhatsApp en el 2014, le había dicho a la comisión que no podría ni sería capaz de combinar las cuentas de usuarios en ambas plataformas, pero terminó haciendo exactamente eso. La Comisión descubrió que el equipo de Facebook sabía, en el 2014, que era técnicamente posible vincular los números de teléfono de WhatsApp con las identidades de los usuarios de Facebook, a diferencia de las declaraciones públicas sobre la fusión (Comisión Europea, 2017). La multa podría haber sido más del doble del valor, ya que las autoridades europeas de protección de la libre competencia pueden multar a las empresas que violan las reglas en el 1 % de la facturación anual, que para Facebook fue de 276 millones de dólares en el 2016 (Comisión Europea, 2004). Sin embargo, la Comisión dijo que había tenido en cuenta la cooperación de la empresa durante la investigación.

El caso puede servir para ilustrar la necesidad de actualizar las reglas de protección de la libre competencia en la era de las llamadas *big tech* (grandes empresas de tecnología), especialmente en el sentido de una mayor protección de los derechos fundamentales frente al poder de los cárteles. Las grandes empresas de tecnología han sido acusadas de formar un tipo de organización que monopoliza los mercados y limita la competencia. Esto resulta en una serie de violaciones de los derechos fundamentales, que van desde la cuestión de la violación de los datos personales, pasando por los ataques contra defensores de los derechos humanos en Filipinas[1] y la violencia étnica en Etiopía,[2] hasta fomentar y multiplicar la difusión de noticias

1 Véase el caso de María Ressa, periodista y defensora de derechos humanos, reconocida a nivel internacional, que ha hecho frente a las empresas de tecnología, especialmente a las plataformas de redes sociales como Facebook, por su papel en la propagación de desinformación y discursos de odio (véase León, 2023).

2 En Etiopía, Facebook ha sido acusada de no hacer lo suficiente para moderar y eliminar el contenido que incita a la violencia y el discurso de odio. Los críticos sostienen que la falta de moderación efectiva y la proliferación de cuentas falsas y *bots* han permitido la difusión de desinformación y narrativas peligrosas que inflaman la violencia. Además, se ha señalado que la escasa inversión

falsas altamente perjudiciales para la democracia y la libertad de expresión. Las meras sanciones administrativas antimonopolio aisladas, tomadas a nivel nacional o regional, o incluso las leyes de protección de datos, no están demostrando ser suficientes para al menos inhibir las violaciones. La lucha contra las violaciones a la libre competencia practicadas por las *big tech* solo alcanzará una mayor efectividad si los Estados se unen en una estrategia global, tomando en consideración la protección de los derechos fundamentales que están en juego. Esto se debe a que las *big tech* son responsables de facilitar la violación de los derechos humanos a nivel mundial y la desinformación y los ataques a la libertad de expresión en todo el mundo. La erosión de la libertad de expresión es aún más perjudicial, debido a que el modelo de negocio que estas empresas comparten — recolección de información personal para satisfacer a los anunciantes— es, desde el principio, una violación de los derechos humanos en sí misma. Las personas, en todo el mundo, no pueden disfrutar de su derecho fundamental a la privacidad con las empresas absorbiendo sus datos de ubicación, historial de búsqueda y otras actividades. En resumen, un número muy pequeño de empresas tecnológicas ejerce una influencia desmedida sobre nuestros derechos humanos en la era digital, y esto necesita cambiar. Si una empresa controla un mercado y no cuenta con competidores reales —producto de años de prácticas anticompetitivas—, tiene poco o ningún incentivo para preocuparse por las implicaciones de los derechos humanos de sus políticas de moderación de contenido, prácticas de recopilación de datos y otros. No importa cuán perjudicial sea el impacto de las *big tech* en la sociedad en todo el mundo: estas empresas saben que sus verdaderos clientes —los anunciantes— seguirán regresando. También saben que sus usuarios se quedarán, ya que efectivamente no tienen a dónde ir. Sin competencia para desafiar a las *big tech* o normativa que ofrezca una salida a sus prácticas abusivas, no cambiarán sus métodos, a menos que una regulación global con sanciones efectivas termine con su dominio. En este contexto, resulta imprescindible que la protección de los derechos fundamentales afectados por la libre competencia se dé a través de la penalización de las conductas. Después de todo, si el derecho penal tiene el carácter de último recurso, nada más coherente que sea utilizado para proteger los bienes jurídicos fundamentales de las violaciones cometidas por

de estas empresas en medidas de seguridad y moderación en idiomas locales ha contribuido a este problema. En muchas ocasiones, la detección de contenido peligroso y dañino se realiza de manera insuficiente en idiomas como el amárico, el idioma principal de Etiopía (véase Parmar, 2023).

empresas que se unen para volverse cada vez más fuertes, mientras que los individuos, en el otro extremo, son cada vez más vulnerables.

Por eso, el desarrollo del derecho penal comparado e internacional en el escenario globalizado, que incluye la protección de los derechos humanos, contribuye a la transformación del derecho penal interno, evidenciando que para enfrentar efectivamente las violaciones contra el orden económico es indispensable el uso de la vía penal. Es cada vez más innegable que para proteger de forma eficaz los bienes jurídicos cuya vulneración alcanza a los derechos sociales —afectados por conductas contra el orden económico, especialmente contra la libre competencia— se busca que los Estados tipifiquen penalmente y sancionen tales delitos en el ámbito penal. La obligación internacional de proteger el orden económico y la libre competencia como resultado de la función expansiva de los derechos fundamentales y humanos es la base de esta necesidad de penalizar los actos que violan dichos derechos. Un ejemplo es la posición de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), según la cual la libre competencia garantiza varios derechos difusos, como el derecho a la salud, los derechos medioambientales, los derechos de los trabajadores y los niños y los derechos de los consumidores.

La importancia de la persecución de los delitos contra la libre competencia en un mundo globalizado

Uno de los efectos de la globalización es el intento paulatino de que las diferentes culturas se inspiren, apoyen y cooperen entre sí para dar respuestas adecuadas a los problemas que plantea la sociedad contemporánea.

A diferencia de los estudiosos de las disciplinas jurídicas habituadas, desde hace tiempo, a tratar con fuentes supranacionales, aún hoy encontramos, entre los que se ocupan del derecho penal, una mayor tendencia al aislamiento interno y autorreferencial, en una cautela a veces demasiado prudente, ignorando las decisiones de los tribunales internacionales y las discusiones doctrinales que se producen en los foros internacionales y extranjeros, como si los derechos humanos o fundamentales, base referencial del derecho penal, no se debatieran tanto en el ámbito internacional como en el derecho comparado. El diálogo entre los tribunales nacionales e internacionales, entre los tribunales extranjeros y los nacionales en el ámbito penal es más escaso que en otros ámbitos. En este artículo no se hace la distinción realizada por parte de la doctrina conceptualizando los “derechos humanos”

como los derechos establecidos por el derecho internacional en los tratados y las normas internacionales, mientras que la expresión "derechos fundamentales" delimitaría aquellos derechos reconocidos y positivizados por el derecho constitucional de un Estado concreto. Eso porque, como bien señala De Carvalho Ramos (2020), la distinción pierde sentido en la actualidad, una vez que la antigua separación entre los derechos humanos (matriz internacional, sin mayor fuerza vinculante) y los derechos fundamentales (matriz constitucional, con fuerza vinculante generada por el acceso al Poder Judicial), en cuanto a los instrumentos de protección, se diluye, ya que los derechos humanos han pasado a contar también con la protección judicial internacional. Además, varios de estos derechos previstos a nivel nacional también se han proyectado a nivel internacional. Los derechos fundamentales, por lo tanto, son un reflejo de los derechos humanos. Así, una interpretación nacional de un determinado derecho puede confrontarse e incluso corregirse internacionalmente (De Carvalho, 2020).

Lejos de debilitar la soberanía de los Estados, la aceptación y aplicación de valores y principios universales y el reconocimiento del papel de las organizaciones internacionales refuerzan el Estado de Derecho y la democracia, que son conceptos interconectados. El Estado de Derecho democrático se basa en principios fundamentales como la dignidad de la persona humana, la igualdad ante la ley, la responsabilidad ante la ley y la separación de poderes.

De hecho, hay quienes sostienen que la creciente cooperación e interdependencia entre Estados provocaría la "relativización de la soberanía". Pero la interacción y la cooperación entre Estados —de la que el ejemplo más profundo es la opción por la integración económica y política—, lejos de representar un debilitamiento o relativización de la soberanía, puede reforzar la propia independencia del Estado y su poder popular. La cooperación entre Estados no falta a la soberanía de los implicados, que, en algunos casos, tiene incluso rango constitucional, como, por ejemplo, en Brasil (República Federativa de Brasil, 1988, art. 1, punto I). En efecto, la cooperación implica un ejercicio de la soberanía compartida por los Estados, es decir, en lugar de una relativización de la soberanía tenemos una soberanía compartida ampliada (Abade, 2013). En este contexto, la proliferación de órdenes jurídicos internacionales a nivel regional y global, más allá de las fronteras territoriales de los marcos constitucionales nacionales, ya ha configurado un nuevo vocabulario teórico-jurídico y político que reconoce la dinámica evolutiva de los órdenes normativos más allá del Estado. Giuliana

Ziccardi (2008) llama al fenómeno *derecho global*, que sería un conjunto de normas y principios que garantizan una aplicación uniforme del derecho internacional en los sistemas jurídicos estatales en el proceso de avance hacia la construcción de un derecho global; esta verticalidad del sistema global pretende resolver los problemas de coordinación entre los distintos sistemas jurídicos. La misma situación es designada por Canotilho (2002) como "constitucionalismo multinivel", en el que el Estado soberano deja de ser un referente constitucional y se hace necesaria la revisión de las teorías clásicas y la construcción de un nuevo paradigma para la Teoría de la Constitución que se ajuste a la realidad que vive la sociedad mundial.

Así, tanto el desarrollo del derecho penal comparado e internacional como la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos contribuyen a la transformación del derecho penal interno.

Este es el reto que encontramos cuando se trata de la tutela penal del orden económico — más concretamente, en la tutela de la libre competencia en este orden económico—.

En primer lugar, conviene recordar que la determinación de una conducta como ilícita significa identificar dicha conducta como violatoria de valores y bienes jurídicos que el legislador —ya sea a nivel internacional o nacional— considera necesario proteger a través de una determinada norma. La prohibición de conductas contra la libre competencia (*antitrust*) mediante normas penales se justifica porque dichas conductas vulneran valores del orden económico, constitucional y convencional. Vulneran bienes jurídicos como la libertad (de entrar, permanecer y salir del mercado), la igualdad (igualdad de condiciones para desarrollar la actividad) y la equidad (en el sentido de que la competencia en el mercado deberá conducir a la mejora de los servicios ofrecidos al consumidor). La libertad de competencia se protegerá en la medida en que mediante ella se obtengan beneficios a favor de la sociedad, siempre basados en la dignidad del ser humano, como fundamento y principio básico de su existencia. Por eso, por ejemplo, en la Constitución brasileña el artículo 170 establece que el orden económico se fundamenta en la valoración del trabajo humano y la libre empresa, y tiene por objeto asegurar a todos una existencia digna, según los dictados de la justicia social (República Federativa de Brasil, 1988). Por lo tanto, se reflexiona aquí si siendo un bien jurídico expresamente establecido en los textos constitucionales como valor que se debe proteger, se justifica su protección por el derecho penal.

El concepto de castigo penal como forma efectiva de reparación de las violaciones del bien jurídico supraindividual constituye un importan-

te desafío a la concepción tradicional del derecho penal. En primer lugar, implica dejar de concebir el derecho penal como un mero instrumento de control social (Smanio, 2006; Zaffaroni y Pierangeli, 2010), originalmente concebido para proteger los intereses jurídicos de la convivencia social pacífica (Jescheck y Weigend, 2000, p. 6; Prado, 2003, p. 68; Rodrigues, 1995). Significa llegar a verlo como un mecanismo diseñado para la reparación de los derechos colectivos y la protección de los derechos. Se trata de abandonar la idea del derecho penal como un simple *ius puniendi*, como un derecho del Estado, para abrazar la visión del derecho penal como una obligación del Estado de punir criminalmente determinadas conductas, tal y como han decidido los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos, especialmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) a partir del destacado caso Genie Lacayo: en este caso paradigmático la Corte IDH, de una manera poco estudiada aún en Brasil, reveló la existencia de un nuevo papel para la víctima en el proceso penal: el de exigir el castigo de los autores de las violaciones de los derechos humanos sin que se exija la prueba del interés material o la indemnización en el ámbito civil (De Carvalho, 2019).

Se percibe entonces que el derecho penal, especialmente en los últimos treinta años, con el fortalecimiento de los tribunales internacionales para la protección de los derechos humanos, al mismo tiempo que ha limitado su ámbito de actuación y despenalizando algunas conductas, en otros casos ha ampliado su intervención, reprimiendo nuevas conductas ahora consideradas socialmente dañinas, en lo que Jescheck y Weigend (2000) denominan un "proceso dual". Según los autores,

> el inventario de bienes protegidos jurídico-penalmente varía. En el derecho penal reciente se da tanto la nueva incriminación como la descriminalización. Las alteraciones en la valoración de los bienes jurídicos se expresan asimismo a través de los cambios en la aplicación de las sanciones (p.).

Sin embargo, ese proceso no supone una contradicción con el principio de *ultima ratio* del derecho penal: el fenómeno de la nueva incriminación de conductas se origina como consecuencia de la evolución social, hecho que debe reflejarse necesariamente en el ordenamiento jurídico.

En el nuevo derecho penal, la tipificación de conductas que ofenden bienes jurídicos colectivos es una exigencia del Estado democrático de derecho, que tiene como objetivo

> asegurar el ejercicio de los derechos sociales e individuales, la libertad, la seguridad, el bienestar, el desarrollo, la igualdad y la justicia como valores supremos de una sociedad fraterna, pluralista y sin prejuicios, fundada en la armonía social y comprometida, en el orden interno e internacional, con la solución pacífica de las controversias (República Federativa de Brasil, 1988, preámbulo).

Así, la protección penal de la competencia se inserta en el planteamiento contemporáneo del Estado democrático de derecho que determina la criminalización de estas conductas que vulneran los bienes jurídicos colectivos.

La libre competencia como parte de los derechos humanos

Darr (2021) apunta que el derecho de la competencia interrelacionase sin duda a los derechos humanos: sin embargo, mientras evita los derechos humanos más comúnmente reconocidos, como el derecho a la salud o a la alimentación, está anclado en otros, como el derecho a la propiedad y el derecho al comercio, y los refuerza a través de su aplicación como el derecho a la propiedad y el derecho al comercio.

De hecho, no se duda hoy de la subordinación de la legislación de competencia al estándar de los derechos humanos —como se quedó claro en los casos de la Unión Europea que involucra a Microsoft (Corte Europea, 2007) e Intel (Corte Europea, 2017), en los cuales se ve la aplicación de la legislación antimonopolio de la UE no solo en las empresas europeas, sino también con respecto a las empresas de todo el mundo que hacen negocios en el mercado interior de la UE. En el caso de Intel, la Comisión fijó la multa más alta de la historia y, debido a las exigencias de la legislación comunitaria sobre competencia, Microsoft e Intel tuvieron que modificar sus operaciones de comercialización dentro de la UE. Intel se quejó de la falta de normas sobre derechos humanos, mientras que Microsoft se enfrentó a las limitadas normas de la UE en materia de derechos de propiedad intelectual. En los dos casos, las normas de derechos humanos aplicadas desafiaron los tradicionales estándares de derechos de defensa (Weiß, 2022).

Mirando para el sistema interamericano, el derecho humano a la libre competencia tendría el carácter de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), los cuales se han reconocido en distintos instru-

mentos. Por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) se refiere a ellos en su artículo XXVI, en línea con su artículo I. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH) los contempla en los artículos XI al XVI, mientras que el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales) los reconoce en los artículos 1 y 6 al 13. Otros instrumentos regionales, incluyendo la Carta de la Organización de los Estados Americanos, también hacen referencias a los DESCA.

Esas normas tienen como objeto la búsqueda por la igualdad y prosperidad de las clases sociales, que se concretan como prestaciones, actividad de los agentes económicos o servicios públicos. Por eso, el derecho humano a la libre competencia se constituye en obligaciones concretas que buscan la eliminación de la legislación anticompetitiva y el derecho a que se persigan con eficacia las prácticas monopólicas. Así, este bien jurídico sirve como soporte para otros valores económicos o socioculturales.

Libre competencia, orden económico y concepto de bien jurídico colectivo

La discusión sobre la protección de los derechos económicos y sociales afectados por los delitos de defensa de la competencia debe pasar por el análisis del bien jurídico protegido en dichas infracciones. Utilizo aquí las palabras de Fábio Canton Filho (2012, p. 3), según el cual, el bien jurídico no solo establece la piedra angular del derecho penal, sino que corona el norte de su fundamentación punitiva, una vez que constituye el vínculo entre las instituciones penales del Estado y el orden social en el que se inserta. Pensar en el bien jurídico es, en este sentido, buscar la zona gris en la que derecho y sociedad se cruzan, es decir, en la que forjan de forma plurívoca su relación más fundamental.

Paradójicamente, aunque el bien jurídico constituye una categoría base del derecho penal —la única razón para castigar conductas prohibidas— la legislación brasileña, por ejemplo, le otorga un carácter casi residual: no protagoniza ninguna norma del ordenamiento jurídico y no se menciona ni una sola vez en el Código Penal —ni en la parte general ni en la especial— ni en la Constitución. Por eso, en los últimos años, la doctrina se ha centrado en el estudio del bien jurídico más allá de la ratio incriminatoria de los tipos del código criminal (Baratta, 1993; Da Cunha, 1995; Gomes, 2002; Jakobs, 1997; Prado, 2003; Silva, 1992).

Por esa razón, la ley brasileña que prevé la prevención y represión de las violaciones del orden económico (Ley 12529 de 2011) puede considerarse una excepción a la regla legislativa brasileña: en su primer artículo hay un párrafo que establece la delimitación del objeto de la ley (prevención y represión de las violaciones contra el orden económico, guiada por los dictados constitucionales de la libre empresa, la libre competencia, la función social de la propiedad, la protección del consumidor y la represión del abuso del poder económico): "La colectividad es la titular de los bienes jurídicos protegidos por esta ley".

Como afirma Hurtado Pozo (1987), los bienes jurídicos representan presupuestos indispensables para la vida en común, y no existen solo porque el legislador los haya catalogado abstractamente en una norma jurídica, la cual puede estar sujeta a un evento o situación conjetural. Son, en palabras clásicas de Roxin (1997), circunstancias o propósitos dados que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema global estructurado sobre la base de esta concepción finalista o para el funcionamiento del propio sistema.

La existencia de un interés social no implica necesariamente la presencia de un bien jurídico penalmente relevante. Para ello es necesario que se reúnan los requisitos de mérito o trascendencia social y de necesidad de protección penal, requisitos que son propios de una concepción del bien jurídico penal de carácter político-criminal.

Asimismo, la protección de los bienes jurídicos no implica la necesidad de protección mediante el derecho penal. No todos los bienes jurídicos protegidos lo son por el derecho penal; por otra parte, es inconcebible la existencia de un tipo penal que no tenga como finalidad la protección de un bien jurídico concreto.

Varios ámbitos que antes estaban regulados esencialmente por el derecho administrativo o civil, como el económico, el medioambiental y el informático, han empezado a recibir protección penal en el escenario contemporáneo. Es evidente que el legislador, al determinar la protección penal de un determinado bien jurídico, debe tener en cuenta como parámetro los dictados y valores constitucionales y los tratados internacionales que el Estado brasileño se ha comprometido a cumplir.

No cabe duda de que la comunidad reconoce hoy como valores fundamentales ciertos intereses que no son de alguien, sino de todos. Intereses cuya importancia está hoy expresada y consagrada en el texto constitucional. Esta noción implica, a su vez, la eliminación del conjunto de eximentes

y atenuantes no excluyentes, basada en consideraciones meramente políticas, que tienen en cuenta la eficacia del propio derecho penal o la prevalencia de otros intereses públicos, con independencia de la culpabilidad del delincuente.

Gianpaolo Smanio (2007) señala, entre otras clasificaciones, la existencia de la categoría de bienes jurídicos de carácter difuso que provocan un conflicto social que opone varios grupos dentro de la sociedad, como en la protección del medioambiente, en la que se oponen, por ejemplo, los intereses económicos industriales, o en la protección de las relaciones de consumo, en la que se oponen proveedores y consumidores, y la protección de la salud pública, en lo que respecta a la producción de alimentos y medicamentos.

Partiendo del concepto de que el derecho penal se basa en la existencia de un conglomerado sistemático de normas primarias y secundarias —según Hart (1994, p. 91), para quien las normas primarias son las que imponen obligaciones y garantizan derechos directamente a los individuos, como el Código Penal, y las normas secundarias garantizan que los seres humanos puedan establecer nuevas reglas, alterando o extinguiendo las existentes—, al conectarse con la realidad social, establece que el bien jurídico asume una importancia esencial en la reconstrucción del hecho típico.

Así, aunque el bien jurídico no integra el tipo penal ni la norma que lo sustenta, constituye la base fundamental sobre la que se construyen los tipos penales.

El legislador, a la hora de crear los tipos penales, deberá establecer ciertos criterios político-criminales que permitan justificar la incorporación de aquellos bienes jurídicos que necesitan protección, desde el punto de vista del derecho penal. Del mismo modo, para el juez, a la hora de aplicar e interpretar teleológicamente la ley (según el bien jurídico protegido), este tipo penal se convertirá en una herramienta imprescindible que puede permitir delimitar los límites de la materia prohibitiva.

Encontramos en la doctrina alguna resistencia a la conceptualización de los bienes jurídicos colectivos protegidos penalmente. En efecto, muchos (como Hassemer) tienen restricciones a tal definición, afirmando que los intereses colectivos constituyen una clara muestra del carácter expansionista del derecho penal, que vulnera la idea del derecho penal como *ultima ratio* (Hassemer, 1998).

Roxin (2000), por su parte, sostiene que en la evolución del derecho penal es inevitable el desplazamiento de la protección de las conductas pu-

nibles: abandonando paulatinamente el ámbito de la protección individual por el de la colectividad, ya que

> tales hechos delictivos el bien jurídico protegido suelen reconocerse a menudo de una forma difusa, porque los tipos delictivos, en lugar de describir formas concretas de lesión del bien jurídico, tienden a describir situaciones de peligro abstracto que se sitúan en una fase previa a la producción del daño (p. 27).

En línea con Roxin, Bustos Ramírez (1996) recuerda que es necesario plantear una ordenación de los delitos por los bienes jurídicos protegidos, no a partir de una atomización de la sociedad, sino desde la perspectiva del conjunto que supone un sistema. Así, hay bienes jurídicos que están referidos a las bases de existencia del sistema y bienes jurídicos que están en conexión con el funcionamiento del sistema. Los primeros son los que tradicionalmente llamamos bienes jurídicos individuales, como es el caso de la vida humana, la salud individual, la libertad, etc. Los segundos son los que afectan a las relaciones macrosociales dentro del funcionamiento del sistema, y se presentan en tres niveles: bienes jurídicos colectivos (constantemente presentes en el día a día de cada uno de los sujetos o grupos de los que forman parte, como el medioambiente, el orden económico), bienes jurídicos institucionales (fe pública, administración de justicia) y bienes jurídicos de control (seguridad interior y exterior del Estado).

Los dos últimos autores presentan argumentos difíciles de rebatir: en el contexto contemporáneo, el bien jurídico-penal "orden económico" es un bien colectivo.

De este modo, es evidente que el paradigma actual de la dogmática penal asiste a una transformación del objeto de protección, a un tránsito del bien jurídico individual a los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos. También debemos hacer una afirmación: si es cierto que los bienes jurídicos colectivos han ampliado el rango de protección del derecho penal, debemos rechazar por completo la idea de que dichos bienes deban ser considerados como secundarios frente a los bienes jurídicos tradicionales como la vida humana, la salud individual, el patrimonio individual, etc. Esto significaría reconocer que la orientación política del Estado está diseñada por un contexto meramente individualista, en función de la protección de los intereses individuales, como si este fuera su fin último y único existente.

Los bienes jurídicos colectivos no configuran una categoría por encima o más allá del individuo, sino que están en función de todos los miem-

bros de la colectividad, por lo que son complementarios en relación con los bienes jurídicos individuales. También son autónomos, ya que tienen su propio contenido material.

Sin menospreciar los bienes jurídicos individuales, no se puede negar que los bienes jurídicos colectivos están al servicio de todas las personas y, por lo tanto, son realidades existentes en el funcionamiento del sistema social.

Por eso la doctrina contemporánea entiende que en las relaciones económicas hay dos bienes jurídicos fundamentales, consecuentes con las normas constitucionales: el patrimonio individual y el orden económico (supraindividual). El patrimonio individual debe ser protegido por el derecho penal a través de los delitos tradicionales. Los delitos contra el orden económico, en cambio, merecen un reproche no por los daños causados a los individuos, sino a la colectividad en su conjunto. El bien jurídico "orden económico", así, tiene un carácter supraindividual y está destinado a garantizar un justo equilibrio en la producción, circulación y distribución de la riqueza entre los grupos sociales.

Nunca está de más repetir que los Estados democráticos eligen la dignidad de la persona humana como uno de sus fundamentos: todo el ordenamiento jurídico debe estructurarse en ella. La interpretación de todos los demás preceptos constitucionales y legales debe hacerse bajo el mando de las normas de derecho fundamental que consagran la dignidad de la persona humana.

La protección penal del orden económico no puede escapar a este mandamiento. No hay forma de entender las normas constitucionales y legales relacionadas con la defensa del orden económico y la libre competencia sin la premisa de que dicha protección es esencial para asegurar la dignidad del ser humano y los fines de la democracia por 1) construir una sociedad libre, justa y solidaria; 2) asegurar el desarrollo nacional; 3) erradicar la pobreza y la marginación y reducir las desigualdades sociales y regionales y 4) promover el bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color, edad y cualquier otra forma de discriminación (República Federativa de Brasil, 1998, art. 3).

Y, sin embargo, la protección del orden económico y de la libre competencia en este marco ya no es un imperativo meramente nacional, sino también internacional, a partir del análisis de los diplomas normativos internacionales, explicando la base de esta internacionalización y transnacionalización de la lucha contra las prácticas de competencia desleal —que es la aplicación de los derechos humanos—.

No es casualidad que, desde hace algunos años, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) haya elaborado varios textos que tratan la relación entre el libre comercio y la protección de los derechos humanos (ACNUDH, 2001; 2002; 2003; 2004a; 2004b; 2004c; ECOSOC, 2000).

En el ámbito del derecho comercial, la Organización Mundial del Comercio (OMC) ha incorporado compromisos en materia de derechos humanos estableciendo determinaciones al respecto —como, por ejemplo, las que limitan el libre comercio en el caso de ciertos medicamentos vinculados al derecho a la salud y las relativas al comercio de diamantes producidos en zonas de guerra, protegiendo de alguna manera la vida y la seguridad de las personas ubicadas en estas zonas—. El desarrollo de estos mecanismos es el resultado del reconocimiento por parte de la OMC de la necesidad de respetar los derechos humanos, incluso en lo que respecta al orden económico y la competencia.

Por ello, los actuales Acuerdos Generales sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (gATT) y los Acuerdos Generales sobre el Comercio de Servicios (gATS), tratados administrados por la OMC, exigen a los Estados que tengan en cuenta los derechos humanos en sus compromisos comerciales internacionales: tienen una cláusula de excepción general que permite limitar el libre comercio para proteger, entre otras cosas, la moral pública, la salud humana y los recursos naturales. Dado que los Estados miembros de la OMC están obligados por los tratados internacionales de derechos humanos, los miembros de la OMC pueden ser considerados responsables cuando violan los derechos humanos al no incorporarlos en la imposición de normas de libre competencia y orden económico. Por lo tanto, la institución considera que los derechos humanos deben ser respetados mediante una buena interpretación y aplicación de las disposiciones de la OMC (Marceau, 2002).

Sobre esa premisa, el Sistema de Solución de Diferencias (SAD) de la OMC, órgano especializado en la defensa final de los tratados de su ámbito de aplicación, ha generado interpretaciones que establecen que las cuestiones de derechos humanos imponen límites a las reglas del comercio internacional, incluso —y especialmente— en relación con la libre competencia.

Según la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, la violación de la libre competencia viola también el derecho al desarrollo y el derecho al mínimo vital, ya que la libertad de competencia conduce a productos más baratos y permite un mayor consumo y lucha contra la pobreza, acordándose que el mínimo existencial

> consiste en el conjunto de derechos cuya realización es esencial para promover condiciones adecuadas para una existencia digna, asegurando el derecho general a la libertad y los derechos sociales básicos, como el derecho a la educación, el derecho a la salud, el derecho a la seguridad social y a la asistencia social, el derecho a la vivienda, el derecho a la alimentación, entre otros (De Carvalho, 2020, p.).

Además, la libre competencia garantiza varios derechos difusos, como el derecho a la salud (por ejemplo, la existencia de productos más seguros producidos por el mercado), el derecho al medioambiente (productos "verdes" que cumplen con los parámetros de respeto a las normas medioambientales), los derechos de los trabajadores y de los niños (productos que no utilizan mano de obra esclava o infantil en su producción) y los derechos de los consumidores (UNCTAD, 2020).

Por lo tanto, la imposición internacional de proteger el orden económico y la libre competencia como resultado de la función expansiva y el efecto irradiador de los derechos fundamentales y humanos alimenta y sostiene la necesidad de criminalizar los actos deletéreos contra tales derechos, especialmente perpetrados por las grandes incorporaciones y los cárteles. Asociado al reconocimiento del efecto de irradiación de los derechos fundamentales está la asunción de su dimensión objetiva, lo que da lugar a la llamada "doble dimensión" de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales no solo deben entenderse como conferidos a sus titulares, sino también como un conjunto de normas que imponen comportamientos dirigidos a la protección y satisfacción de esos derechos subjetivos conferidos a los individuos (De Andrade, 2001; Häberle, 1996; Mendes, 1998; Sarmento, 2004).

La defensa de la libre competencia puede medirse, pues, tanto en su faceta preventiva como en la represiva. En cuanto a la prevención, la cultura del respeto a los derechos humanos difunde el derecho difuso al orden económico que busca cumplir los objetivos del Estado brasileño, lo que ayuda a la transformación de los actos de competencia desleal en una conducta socialmente perjudicial, en lugar de ser considerada una práctica inevitable y socialmente apoyada. En cuanto a la represión de los actos que violan la libre competencia, la vinculación con la protección de los derechos humanos ayuda a revelar la ganancia social con el enfrentamiento serio y efectivo de la práctica a través de la tutela penal, elevando la protección legal del bien jurídico violado por las corporaciones y los cárteles, que debe ser asegurada por los esfuerzos del derecho penal.

Protección penal frente a las violaciones de derechos fundamentales afectados por infracciones contra la libre competencia por empresas de tecnología

Para tener un paradigma de cómo puede ocurrir el nuevo enfoque de protección penal de los derechos fundamentales afectados por prácticas contra la libre competencia, podemos tomar como ejemplo la evolución global que ha ocurrido con la lucha contra la corrupción, escapando de un enfoque que la veía como un asunto interno de cada país, hasta el actual que la entiende no solo como un problema universal, sino también como una cuestión que vulnera los derechos humanos, siendo objeto de regulación no solo por los organismos internacionales dedicados a la lucha contra el crimen, sino también los de protección de los derechos humanos (Abade, 2019). Hasta los años setenta del siglo pasado, la corrupción se trataba como un asunto interno que no justificaba la intervención internacional sistemática (Johnston, 1998). A partir de entonces, el control de la corrupción comenzó a verse como un objetivo de política internacional, ya que el dinero y las acciones de los grupos corruptores y corruptos traspasan las fronteras y desafían la jurisdicción interna de los países. En efecto, a partir de los años noventa del siglo pasado, la lucha contra la corrupción comenzó a desprenderse del concepto de acción contra la competencia desleal, que era el enfoque del primer acuerdo internacional que trató la corrupción, para abrazar el enfoque de defensa de los derechos humanos internacionalmente protegidos, especialmente el derecho difuso a la buena gobernanza (*good governance*) (Abade, 2019). La gramática de los derechos humanos fue introducida en el tema porque se demostró que la corrupción tiene un impacto negativo frente a varios derechos esenciales.

La misma lógica puede y debe adoptarse cuando tratamos violaciones contra la libre competencia y sus consecuencias en los derechos individuales y sociales. De acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, la obligación del Estado de proteger a los individuos contra los abusos corporativos está bien establecida. La Observación General N.º 31 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas[3] y los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos (UNgP) reiteran este deber positivo de los Estados.

3 Trata de la índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto (Comité de Derechos Humanos, 2004).

Para evitar la fragmentación, es decir, los niveles divergentes de protección en todo el mundo, se aconseja al HRC alentar a los Estados para que establezcan un mandato de criminalización que permita proteger los derechos fundamentales violados por las empresas de tecnología en prácticas restrictivas de la competencia. Otras acciones legislativas y no legislativas que los Estados pueden tomar están relacionadas con exigir legalmente la diligencia debida en derechos humanos Esto, porque los cambios en las leyes de protección de datos no están siendo suficientes para incentivar a las empresas de tecnología a modificar su comportamiento. De ahí la importancia de aliar las leyes antimonopolio para inhibir las violaciones a los derechos humanos.

El derecho internacional de los derechos humanos impone como obligaciones específicas a los Estados respetar, proteger y cumplir los derechos humanos (De Carvalho, 2022). Eso abarca tanto obligaciones positivas como negativas, por ejemplo, abstenerse de infringir los derechos humanos (respetar) y promulgar leyes para salvaguardar los derechos humanos dentro del orden jurídico doméstico para prevenir abusos por terceros (proteger). Todos los derechos humanos llevan obligaciones positivas y negativas, es decir, exigiendo que el Estado tanto "se abstenga" como "actúe" (Abade, 2013).

Los organismos de tratados de la ONU, así como los tribunales regionales de derechos humanos, han definido las obligaciones de los Estados en este sentido. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, así, emitió el comentario general 31 sobre el significado de las obligaciones del Estado en relación con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Comité elabora la definición de "garantizar" los derechos según lo previsto en el artículo 2 del Pacto, conceptualizando la obligación de proteger de la siguiente manera:

> las obligaciones positivas de los Estados Parte para garantizar los derechos del Pacto solo se cumplirán plenamente si los individuos son protegidos por el Estado [...] contra actos cometidos por personas o entidades privadas que perjudicarían el disfrute de los derechos del Pacto (Comité de Derechos Humanos, 2004).

Pero además de la relación vertical Estado-individuo, las obligaciones de respetar los derechos humanos también se extienden al ámbito privado, aplicándose a las relaciones privadas horizontales, aunque de manera indirecta. La doctrina jurídica ha llamado a este fenómeno el "efecto horizontal" de los derechos humanos (De Carvalho, 2020).

Las violaciones de derechos humanos en la esfera privada deben fundamentarse en una violación de una obligación del Estado. Por ejemplo: algunas disposiciones en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos tienen un "efecto horizontal expreso": el artículo 17 estipula que "nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación" y que "toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques". En otras palabras, la disposición obliga a los Estados a elaborar, por ejemplo, la legislación nacional de protección de datos para regular interacciones privadas y, por lo tanto, garantizar el derecho internacional humano a la privacidad. Así, podemos entender que hay una obligación de los Estados a frenar las prácticas de formación de cárteles de empresas de tecnología para proteger los derechos de los individuos.

Como consecuencia de la doble dimensión de los derechos humanos, surge la necesidad de comprender los mandatos de criminalización (implícitos o explícitos) en los textos internacionales. Además, dichos mandatos están fundamentados por la prohibición de una protección insuficiente. Eso porque el principio de proporcionalidad posee una dimensión negativa, en la cual no puede excederse en el ámbito de los derechos humanos (prohibición del exceso o *Übermass Verbot*), y una positiva, la cual consiste en la prohibición de omitirse o actuar de manera insuficiente (prohibición de la insuficiencia o *Untermass Verbot*) (Silva, 2002).

Los mandatos implícitos de criminalización presuponen la actividad judicial de interpretación de textos normativos. En el derecho internacional de los derechos humanos dichos mandatos se extraen de textos convencionales, especialmente gracias a la labor interpretativa de dos Cortes regionales de derechos humanos: la Corte IDH y la Corte Europea de Derechos Humanos. Estas han interpretado , respectivamente, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Europea de Derechos Humanos reconociendo la necesidad de sancionar penalmente a los autores de violaciones de derechos humanos.

Dado que ambas convenciones no contienen mandatos de criminalización explícitos, este deber de los Estados de investigar, perseguir en juicio y sancionar a los autores de tales violaciones es una consecuencia de dos tipos de disposiciones convencionales. El primer tipo establece los deberes generales de los Estados de garantizar y respetar los derechos humanos establecidos en estos textos convencionales (por ejemplo, el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos). El segundo tipo de disposi-

ción contempla el derecho a la protección judicial y al debido proceso legal por parte de todas las personas (por ejemplo, el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

La Corte IDH ha consolidado esta interpretación en el caso Velásquez Rodríguez, que junto con los casos Godínez Cruz y Fairén Garbi y Solís Corrales, representan los tres primeros fallos de mérito de dicha corte en 1989 (conocidos como los casos hondureños, ya que todos fueron contra Honduras). Esta determinó que las graves violaciones de derechos humanos resultantes de la comisión de crímenes contra la humanidad deben ser investigadas, procesadas y sancionadas (Caso Velásquez Rodríguez, Mérito, párrs. 166 y 176). Lo que constituye un verdadero mandato implícito de criminalización mediante el reconocimiento del deber de investigar y sancionar penalmente a los autores de violaciones de derechos humanos. Para que se pueda aplicar una sanción penal, es necesario que el Estado haya tipificado previamente la conducta en cuestión.

Por lo tanto, el deber de sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos se basa en el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (derecho de la víctima y de los familiares de las víctimas a un debido proceso legal), en el artículo 25 (derecho al acceso a la justicia o protección judicial) y, finalmente, en el artículo 1.1 (obligación de garantizar los derechos humanos mediante la sanción a los autores de las violaciones).

Se entiende aquí que esta obligación de punir se volverá más clara con una directriz internacional que contenga un mandato de penalización para los Estados, en el sentido de castigar penalmente las violaciones contra los derechos humanos perpetradas por los cárteles en el área de tecnología.

Conclusión

La criminalización de las conductas anticompetitivas se inserta en el contexto del nuevo derecho penal, que entiende la ofensa a los intereses difusos y a los bienes jurídicos colectivos como una exigencia del Estado democrático de derecho.

Así, se imponen sanciones penales a las conductas que vulneran los bienes jurídicos colectivos, buscando siempre el respeto a los derechos fundamentales y la eficacia del sistema penal. Ahora bien, los derechos difusos afectados por las conductas contra la libre competencia se extienden por todo el territorio nacional; no hay forma de evaluarlos o entenderlos por separado en un barrio, municipio, estado o región.

Sobre todo, porque, como hemos visto, existe una determinación internacional de proteger el orden económico y la libre competencia como resultado de la función expansiva y el efecto irradiador de los derechos fundamentales y los derechos humanos: la violación de la libre competencia vulnera los derechos sociales, el derecho al desarrollo y el derecho al mínimo existencial. Los Estados están obligados ante la comunidad internacional a proteger y garantizar progresivamente estos derechos. Así, la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 26), el Protocolo de San Salvador sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) —por nombrar algunos de la región interamericana— establecen el compromiso de adoptar medidas adecuadas para hacer efectivos los derechos sociales. Como ya se ha visto, como resultado de la aceptación de la protección internacional de los derechos humanos, los Estados tienen el deber de investigar, perseguir y castigar a los que violan esos derechos.

Referencias

Abade, D. (2013a). *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional: extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos*. Saraiva.

Abade, D. (2013b). *Processo penal*. Forense.

Abade, D. (2019). Direito Internacional Anticorrupção no Brasil. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, *7*(13), 213-232.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). (2001). *The impact of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights on human rights*. https://digitallibrary.un.org/record/446005.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). (2002). *Liberalization of trade in services and human rights*. https://digitallibrary.un.org/record/468759.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). (2003). *Human rights, trade and investment*. https://digitallibrary.un.org/record/500177?ln=es.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). (2004a). *Analytical study of the High Commissioner for Human Rights on the fundamental principle of non-discrimination in the context of globalization*. https://digitallibrary.un.org/record/514464?ln=en.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). (2004b). *Analytical study of the High Commissioner for Human Rights on the fundamental principle of participation and its application in the context of globalization*. https://digitallibrary.un.org/record/538832.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). (2004c). *Mainstreaming the right to development into international trade law and policy at the World Trade Organization*. https://digitallibrary.un.org/record/525162?ln=es.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). (2019). *Right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health*. https://digitallibrary.un-.org/record/3803412.

Baratta, A. (1993). Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal. Lineamientos para una teoría del bien jurídico. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, (1), 35-64.

Bustos, J. (1996). *Manual de derecho penal. Parte especial*. Ariel.

Canotilho, J. J. (2002). *Direito constitucional e teoria da constituição*. Almedina.

Canton, F. (2012). *Bem jurídico penal*. Elsevier.

Comisión Europea (2004). *Document 32004R0139, Council Regulation (EC) Nº 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation)*. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32004R0139.

Comisión Europea (18 de mayo de 2017). *Mergers: Commission fines Facebook €110 million for providing misleading information about WhatsApp takeover*. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_1369.

Comité de Derechos Humanos (2004). Observación general número 31. http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsjYoiCfMKoIRv2FVaVzRkMjTnjRO%2Bfud3cPVrcM9YR0iW6Txaxgp3f9kUFpWoq%2FhW%2FTpKi2tPhZsbEJw%2FGeZRATdbWLgyA1RX6lE1VC%2FXrdwy1JEojEGK4mF1mRwn5H9lw%3D%3D.

Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC). (2000). *Globalization and its impact on the full enjoyment of human rights*. https://www.ohchr.org/en/documents/reports/globalization-and-its-impact-full-enjoyment-all-human-rights-report-secretary.

Corte Europea (17 de septiembre de 2007). *Judgment of the Court of First Instance (Grand Chamber) of 17 September 2007*. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62004TJ0201.

Corte Europea (6 de septiembre de 2017). Judgment of the Court of First Instance (Grand Chamber) of 6 September 2017. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62014CJ0413.

Da Cunha, M. (1995). *Constituição e Crime: uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*. Universidade Católica Portuguesa.

Darr, A. (2021). Competition law and human rights: A complex relationship *Wirtschaft und Wettbewerb*. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3915662.

De Andrade, J. C. (2001). *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Almedina.

De Carvalho, A. (2019). *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Saraiva.

De Carvalho, A. (2020a). *Curso de derechos humanos*. Saraiva.

De Carvalho, A. (2020b). Universal, tolerante e inclusivo: uma nova racionalidade para o direito internacional privado na era dos direitos huma-

nos. *Cadernos do Programa De Pós-Graduação Em Direito/UFRGS*, *15*(2), 107-137.

De Carvalho, A. (2022). *Processo internacional de direitos humanos*. Saraiva Jur.

Eser, A. y Burkhardt, B. (1995). *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*. Colex.

Gomes, L. (2002). *Norma e bem jurídico no direito penal*. Revista dos Tribunais.

Häberle, P. (1996). *La libertà fondamentali nello Stato costituzionale*. Nuova Italia Scientifica.

Hart, H. (1994). *O conceito de direito*. Fundação Calouste Gulbenkian

Hassemer, W. (1993). *Crisis y características del moderno derecho penal*. Actualidad Penal.

Hassemer, W. (1998). Perspectivas del derecho penal del futuro. *Revista Penal*, (1), 37-42.

Hurtado, J. (1987) *Manual de derecho penal. Parte general*. Eddilli.

Jakobs, G. (1997). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Colex.

Jescheck, H.-H. y Weigend, T. (2000). *Tratado de derecho penal. Parte general*. Comares.

Johnston, M. (1998). Cross-border corruption: Points of Vulnerability and Challenges for reform. En United Nations Development Programme, *Corruption and integrity improvement initiatives in developing countries* (pp. 8-17). http://www.undp-aciac.org/publications/other/undp/fc/corruption97e.pdf.

León, P. (2023). María Ressa, una periodista contra el autoritarismo. *El País*. https://elpais.com/internacional/2023-03-02/maria-ressa-una-periodista-contra-el-autoritarismo.html

Marceau, G. (2002). WTO dispute settlement and human rights. *European Journal of International Law*, *13*(4), 753-814.

Mendes, G. (1998). *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. Celso Bastos.

Mir, S. (1994). *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Ariel.

Parmar, T. (2023). Um professor fue assinado Después de que um post de Facebook lo tachara de traidor. *Business Insider*. https://www.businessinsider.es/culpan-facebook-muerte-profesor-etiopia-1232630.

Prado, L. (2003). *Bem jurídico-penal e constituição*. Editora Revista dos Tribunais.

República Federativa de Brasil (1988). *Constitución política*. https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0507.pdf.

Rodríguez, G. (1982). Directrices político-criminales del anteproyecto del Código Penal. En S. Mir, C. Roxin, A. Baratta y A. Kaufmann, *Política criminal y reforma del derecho penal*. Temis.

Rodrigues, A. (1995). *A determinação da medida da pena privativa de liberdade: os critérios da culpa e da prevenção.* [Tesis de Doctorado]. Coímbra, Universidad de Coímbra, Portugal.

Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general: fundamentos; la estructura de la teoría del delito*. Civitas.

Roxin, C. (2000). *La evolución de la política criminal. El derecho penal y el proceso penal.* Tirant lo Blanc.

Sarmento, D. (2004). *Direitos fundamentais e relações privadas*. Lumen Juris.

Silva, J.-M. (1992). *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Universidad Pompeo Fabra.

Silva, V. (2002). O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, (798), 23-50.Smanio, G. (2006). Segurança pública e cidadani. Uma análise do sistema penal. *Revista de Direito Admininstrativo da FGV*, *243*, 48-70.

Smanio, G. (2007). Princípios da tutela penal dos interesses ou direitos difusos. *Justitia*, *64*(197), 213-236.

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). (2020). *The role of competition policy in promoting sustainable and inclusive growth*. https://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/tdrbp-conf8d6_en.pdf.

Wagner-Von, F., Stephan, A., Kovacic, W., Viros, D. y Zimmer, D. (2016). Individual sanctions for competition law infringements: Pros, cons and challenges. *Concurrences Review*, (2), 14-44.

Weiß, W. (2013). EU competition policy as an international human rights issue. En J. Wetzel, *The EU as a Global Player in Human* Rights. Routledge

Yun, F. (2017). Facebook enfrenta multa da UE por dados enganosos sobre WhatsApp, diz fonte. *Reuters*. https://www.reuters.com/article/tech-facebook-ue-idBRKCN18D2JG-OBRIN.

Zaffaroni, E. y Pierangeli, J. (2010). *Manual de direito penal brasileiro. Parte geral*. Revista dos Tribunais.

Zanella, E. (2016). *Inflitração de agentes e combate ao crime organizado: análise do mecanismo probatório sob o enfoque da eficiência do garantismo*. Juruá.

Ziccardi, G. (2008). *The pillars of global law*. Ashgate Publishing.

Revista *Ratio Juris* Vol. 18 N.º 36, 2023, DOI: 10.24142/raju, pp. 305-326 © UNAULA

ARTÍCULO DE REFLEXIÓN

RASTREO NORMATIVO DE LA HISTORIA CLÍNICA ELECTRÓNICA EN COLOMBIA

REGULATORY TRACKING OF THE ELECTRONIC HEALTH RECORD IN COLOMBIA

RASTREAMENTO REGULATÓRIO DO REGISTRO MÉDICO ELETRÔNICO NA COLÔMBIA

DIEGO MARTÍN BUITRAGO-BOTERO*

Recibido: 27 de noviembre de 2022 - Aceptado: 13 de marzo de 2023 -
Publicado: 23 de mayo de 2023
DOI: 10.24142/raju.v18n36a13

Resumen

Hablar de la historia clínica electrónica en Colombia implica hacer un análisis normativo desde sus orígenes y desarrollo hasta la presente época. Este artículo es el resultado de la investigación desarrollada

* Docente investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad CES, coordinador de la línea de Estudios Jurídicos en Informática y Tecnologías (gEJIT) del Grupo de Estudios Jurídicos de la Facultad de Derecho de la Universidad CES. Magíster en Derecho y abogado de la Universidad de Medellín. Especialista en Docencia Investigativa Universitaria de la Universidad Católica Luis Amigó. CvLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000905364, Google Scholar: https://scholar.google.es/citations?user=gMgA2MEAAAAJ&hl=es, ORCID: https://orcid.org/my-orcid?orcid=0000-0003-1674-6731, correo electrónico: dbuitrago@ces.edu.co

por el Grupo de Estudios Jurídicos de la Facultad de Derecho de la Universidad CES, en su línea de Estudios Jurídicos en Informática y Tecnologías (gEJIT), denominada "Historia clínica electrónica en Colombia: diseño de estándares para su reconocimiento jurídico". Uno de los objetivos específicos planteados es el análisis del contexto histórico del sistema de información en salud y particularmente de la historia clínica como columna vertebral de este, y en su posterior normativa frente a la historia clínica electrónica, razón por la cual, el artículo se dedicará a hacer todo el recorrido normativo desde la Ley 23 de 1981, primer referente de la historia clínica, hasta la Ley 2015 del 2020 y el respectivo marco normativo para la validez de la historia clínica electrónica como mensaje de datos y la protección de los datos personales dentro de la misma.

Palabras clave: historia clínica electrónica, interoperabilidad, protección de datos, mensajes de datos, seguridad de la información, firma digital, firma electrónica.

Abstract

Talking about electronic Clinical Record in Colombia implies making a normative analysis from the origins of the clinical record and all its development up to the present time. This article is the result of the research carried out by the legal studies group of the Law School of the CES University, in its line of Legal Studies in Informatics and Technologies -gEJIT-, called "Electronic clinical record in Colombia: Design of standards for its legal recognition. One of the specific objectives proposed is the analysis of the historical context of the health information system and particularly of the Clinical History as its backbone, and in its subsequent regulations regarding the electronic medical record, which is why the article will be dedicated to make

the entire regulatory journey from Law 23 of 1981, the first reference for clinical history, to Law 2015 of 2020, and the respective regulatory framework for the validity of the electronic clinical record as a data message and the protection of personal data within Of the same.

Keywords: Electronic Medical Record, Interoperability, Data Protection, Data Messages, Information Security, Digital Signature, Electronic Signature.

Resumo

Falar de Registro Clínico Eletrônico na Colômbia implica fazer uma análise normativa desde as origens do registro clínico e todo o seu desenvolvimento até a atualidade. Este artigo é o resultado da pesquisa realizada pelo grupo de estudos jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade CES, em sua linha de Estudos Jurídicos em Informática e Tecnologias - gEJIT -, denominada "Registro clínico eletrônico na Colômbia: Desenho de padrões para seu reconhecimento legal". Um dos objetivos específicos propostos é a análise do contexto histórico do sistema de informação em saúde e, em particular, do Prontuário Médico como sua espinha dorsal, bem como sua posterior regulamentação em relação ao prontuário médico eletrônico. Por esse motivo, o artigo se dedicará a percorrer toda a trajetória regulatória, desde a lei 23 de 1981, o primeiro referencial do prontuário médico, até a lei 2015 de 2020 e o respectivo arcabouço legal para a validade do prontuário médico eletrônico como mensagem de dados e a proteção de dados pessoais dentro do mesmo.

Palavras-chave: Prontuário Eletrônico, interoperabilidade, Proteção de dados, Mensagens de Dados, Segurança da informação, interoperabilidade, Assinatura digital, Firma eletrônica.

Introducción

La historia clínica en Colombia (HC) fue regulada a partir de la ley 23 de 1981, por medio de la cual se dictaron normas en materia de ética médica. En esta norma, en los artículos 33 a 45, fueron dispuestos aspectos relacionados con la HC; sin embargo, no ha sido la única dentro del ordenamiento jurídico colombiano encargada de su regulación. Desde entonces han existido normas que han hecho referencia al tema, modificando la norma original e inclusive ampliando su alcance hasta llegar, con los avances de las tecnologías, a la regulación de la historia clínica electrónica (HCE).

El artículo 34 de la ley 23 de 1981 señala que

> la historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado sometido a reserva, que únicamente puede ser conocido por terceros, previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley.

De esta manera, la HC se ha convertido en el registro de referencia y consulta para la atención en salud de todas las personas, estableciendo que este se encuentra "sometido a reserva", lo cual implica la protección de la privacidad de los datos clínicos y la obligatoriedad por parte de quienes están autorizados para su conocimiento, de la custodia bajo la premisa de confidencialidad de la misma.

La HC es un documento, y como tal su tratamiento legal debe estar fundamentado no solo en las normas referidas a la HC, sino en otras normas del ordenamiento jurídico colombiano que la complementan y le dan garantías jurídicas desde los principios del tratamiento de datos personales y en especial de datos sensibles como los datos en salud.

El presente artículo hace un recorrido histórico por la normativa relacionada con la HC, desde la fundamentación en la ley 23 de 1981, una historia clínica concebida en "papel", hasta llegar a la normativa actual que regula la HCE, migrando del documento en papel al documento electrónico, denominado mensaje de datos.

En el primer aparte se realizará el barrido normativo integral de la HC hasta la HCE; luego se elabora el análisis de la HCE como mensaje de datos y su equivalente funcional a los documentos, y, finalmente, se hará el estudio normativo de la protección de datos personales desde la mirada del contenido de la HC como datos sensibles.

Marco normativo de la HC

Como se señaló, la HC en Colombia está reglamentada desde la ley 23 de 1981, en los artículos 33 a 45, teniendo diferentes normativas que la han complementado o desarrollado hasta llegar a la década del 2010 en la que, por medio de la ley 1438 del 2011, en el artículo 112, parágrafo transitorio (derogado por el artículo 267 de la ley 1753 de 2015), se estableció la historia clínica única electrónica como de "obligatoria aplicación antes del 31 de diciembre del año 2013"; sin embargo, con el paso del tiempo se ha evidenciado que esta obligatoriedad no se ha cumplido, pues existen normas posteriores que han establecido tiempos y plazos que aun en la década del 2020 no se cumplen en su totalidad, pues la reglamentación de esta y la definición de estándares solo se da hasta el año 2020 con la obligatoriedad de implementar la HCE interoperable por medio de la ley 2015 del 2020, lo que se analizará más adelante.

Para realizar el recorrido normativo de la HC en Colombia es necesario remontarse al siglo XX, en la década de 1980, cuando se expide la ley 23 de 1981 "Por la cual se dictan normas en materia de ética médica". Esta norma hace referencia a la regulación ética en la prestación del servicio de salud, con temas puntuales como el juramento, la relación médico-paciente, la relación médica con sus colegas y, dentro del título II de la práctica profesional, incluye en el capítulo III "De la prescripción médica, la historia clínica, el secreto profesional y algunas conductas". Este capítulo, base de toda la normativa que sobre la materia se analizará, señala en el artículo 33 que "las prescripciones médicas se harán por escrito, de conformidad con las normas vigentes sobre la materia", entendido el concepto escrito, para la época en mención, como los registros documentales en papel, toda vez que para el momento el desarrollo tecnológico en Colombia aún era incipiente y no se contaba con la tecnología para poder hablar de registro en sistemas de información o en bases de datos computarizadas.

Por su parte, el artículo 34 señala que "la historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado sometido a reserva". Esta norma establece varias situaciones frente a la HC: en primer lugar, señala que es el "registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente", lo cual significa que cualquier prestación de servicio por los profesionales de la salud debe estar contenido en dichos registros, y, como se ha señalado, son registros documentales en papel; en segundo lugar, es un "documento privado sometido a reserva", lo que quiere

decir que este documento, por ser privado, pertenece al paciente (quien se denomina Titular de Datos Personales, en adelante TDP), por tanto, es de obligatorio cumplimiento por todos los actores que estén autorizados para su conocimiento proteger la información con la garantía de confidencialidad, que dicho al tenor de las normas subsiguientes se denomina "secreto profesional", tal como lo indican los artículos 37, 38 y 39, señalando como primer responsable al médico tratante, y extendiéndolo a todos los auxiliares que tengan acceso a la HC.

De conformidad con el artículo 35 "la historia clínica estará ceñida a los modelos implantados por el Ministerio de Salud". En tal sentido, le corresponde a este implementar dichos modelos para el diligenciamiento de la HC en todas las entidades que componen el Sistema Nacional de Salud; es así como el Ministerio de Protección Social expide la Resolución 1995 de 1999 "Por la cual se establecen normas para el manejo de la historia clínica", la cual, a su vez, ha sufrido diferentes modificaciones, tal como se señala a continuación:

> Modificada por la resolución 1715 de 2005 "Por la cual se modifica la resolución 1995 de 1999"; esta, a su vez, derogada por el artículo 1 de la resolución 58 de 2007 "Por la cual se deroga la resolución 1715 de 2005", finalmente modificada en lo pertinente por la Resolución 839 de 2017 "por la cual se modifica la resolución número 1995 de 1999 y se dictan otras disposiciones" (República de Colombia, 1999).

La resolución 1995 de 1999 señala en sus definiciones que la HC "es un documento privado, obligatorio y sometido a reserva", ratificando y ampliando el concepto que trae le ley 23 de 1981, indicando que, en esta, además de ser un documento obligatorio y reservado, se consignan de manera cronológica las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud, lo que lleva a determinar que los datos en salud son datos sensibles, como se verá más adelante.

Por su parte, el artículo 8 de la resolución señala como componentes de la HC la identificación del usuario, los registros específicos y los anexos. Indicando que en el registro específico se consignan los datos e informes de un tipo determinado de atención; además, que los contenidos mínimos de información de dicha atención están contemplados en la resolución 2546 de 1998 "Por la cual se determinan los datos mínimos, las responsabilidades y

los flujos de la información de prestaciones de salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud". Esta norma menciona los siguientes datos, que se debían incorporar dentro de la HC: identificación de la información, datos de consulta, datos de procedimientos, datos de procedimientos de laboratorio clínico, patología y radiología simple, datos de hospitalización, datos de recién nacidos, datos sobre atención de urgencias y otros datos sobre atenciones de salud. Sin embargo, esta fue derogada por la resolución 3374 27 del 2000 "Por la cual se reglamentan los datos básicos que deben reportar los prestadores de servicios de salud y las entidades administradoras de planes de beneficios sobre los servicios de salud prestados".

Es fundamental resaltar que a partir de esta resolución ya se empiezan a advertir elementos de lo que posteriormente será denominado HCE, pues en el artículo 18 se hace mención a "los medios técnicos de registro y conservación de la historia clínica", indicando que los prestadores de servicios de salud pueden utilizar tanto medios físicos como medios técnicos a libre determinación de las mismas, siempre y cuando atiendan las prescripciones del Archivo General de la Nación sobre la materia. Igualmente, cualquier herramienta de *software* y *hardware* utilizado para ello debe contar con las medidas técnicas de seguridad de la información.

La resolución 1995 de 1999 fue modificada por la resolución 1715 del 2005, señalando que en caso de "liquidación de una entidad perteneciente al Sistema General de Seguridad Social en Salud, responsable de la custodia y conservación de las historias clínicas, esta entidad deberá entregar al usuario o a su representante legal la correspondiente historia clínica"; de esta manera se garantiza la protección de datos sensibles entregando la HC al titular de los datos, es decir, al usuario o a su representante. Sin embargo, esta resolución fue derogada por la resolución 58 del 2007, por tanto, deja sin efectos las modificaciones introducidas por dicha resolución.

Luego, el decreto ley 19 del 2012 "Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública", en el artículo 110 sobre HC, señala que el parágrafo 3 del artículo 13 de la ley 23 de 1981 quedará así:

> En caso de liquidación de una entidad perteneciente al Sistema General de Seguridad Social en Salud, responsable de la custodia y conservación de las historias clínicas, esta entidad deberá entregar al usuario o a su representante legal la correspondiente historia clínica.

Resulta extraño que esta norma modifique un parágrafo que no existe en el artículo señalado, ni tiene unidad de materia con el mismo, pues el artículo 13 hace referencia a los métodos y medicamentos que debe usar el médico cuando existan esperanzas de aliviar o curar la enfermedad de los pacientes, y no sobre la HC.

Es importante señalar que en materia de salud ocupacional se expidieron resoluciones que hacen referencia a la Historia Clínica Ocupacional (en adelante HCO), las cuales tiene especial importancia, pues no solamente establecen el concepto de ser un documento privado y reservado, sino que señalan el carácter de confidencialidad que se debe tener con el manejo y contenido de la misma, lo cual, desde el punto de la protección de los datos personales, se articula con las normas que sobre *habeas data* se analizarán más adelante. Así, la resolución 2346 del 2007 "Por la cual se regula la práctica de evaluaciones médicas ocupacionales y el manejo y contenido de las historias clínicas ocupacionales" señala que la HCO es un documento privado, obligatorio y sometido a reserva, que hace parte de la HC general, además es estrictamente confidencial y hace parte de la reserva profesional. Por su parte, la resolución 1918 del 2009 "Por la cual se modifican los artículos 11 y 17 de la resolución 2346 del 2007 y se dictan otras disposiciones", señala que la HCO será custodiada por el prestador de los servicios de salud ocupacional, y adicional a esto el empleador no podrá incorporar las evaluaciones médicas ocupacionales en las hojas de vida de los trabajadores, garantizando de esta manera el principio de confidencialidad de la misma y la garantía de los derechos de los titulares de los datos personales.

Como un hito importante en el recorrido normativo de la HC surge la ley 1438 del 2011 "Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones", la cual, en el artículo 112 parágrafo transitorio, establece el punto de partida obligatorio de la HCE, indicando: "La historia clínica única electrónica será de obligatoria aplicación antes del 31 de diciembre del año 2013, esta tendrá plena validez probatoria". Este parágrafo surge de la articulación de los sistemas de información que pretende la norma, pues en este busca que el "Ministerio de la Protección Social, a través del Sistema Integrado de Información de la Protección Social (SISPRO), articulará el manejo y será el responsable de la administración de la información", logrando vincular la información de los afiliados en salud con las bases de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la DIAN y el Sisbén. Así, en adelante la HCE se convertirá en base fundamental para la

interoperabilidad de la información en salud. Adicionalmente, señala que la HCE "tendrá plena validez probatoria", razón por la cual se realizará el análisis de la HCE como mensaje de datos y su equivalente funcional a los documentos, para su plena validez probatoria.

Esta norma fue derogada por el artículo 267 de la ley 1753 del 2015 "Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 'Todos por un nuevo país'", y que señala en su artículo 45:

> Estándares, modelos y lineamientos de tecnologías de la información y las comunicaciones para los servicios al ciudadano. Bajo la plena observancia del derecho fundamental de *habeas data*, el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (MinTIC), en coordinación con las entidades responsables de cada uno de los trámites y servicios, definirá y expedirá los estándares, modelos, lineamientos y normas técnicas para la incorporación de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) […] entre otros, para los siguientes casos: a) Agendamiento electrónico de citas médicas, b) Historia clínica electrónica.

Obsérvese cómo hace referencia a la "plena observancia del derecho fundamental de *habeas data*", razón por la que se hace importante desde ya el tercer aparte de este artículo en el cual se elabora el análisis normativo de la protección de datos personales desde la mirada del contenido de la HC como datos sensibles.

Para el año 2017, el Ministerio de Salud y Protección Social y el Ministerio de Cultura expidieron la resolución 839 del 2017 "Por la cual se modifica la resolución número 1995 de 1999 y se dictan otras disposiciones", y que, con base en el artículo 25 de la ley 594 del 2000 (Ley General de Archivos), estableció normas de manejo, custodia, tiempo de retención, conservación y disposición final de las HC, estableciendo en el artículo 3 que la retención y los tiempos de conservación documental de la HC deben realizarse por "el responsable de su custodia, por un periodo mínimo de quince años, contados a partir de la fecha de la última atención". Esta retención, conservación y disposición final se entenderá en adelante para la HCE, la cual será de obligatoria implementación, y de manera excepcional para la HC en medio físico, la cual cada día estará más en desuso.

Uno de los aspectos fundamentales y los aportes que generará la HCE en Colombia será la posibilidad de intercambiar información entre los diferentes prestadores de servicios de salud, con la finalidad de que los datos y la

información de las HC puedan consultarse y garantizar así su calidad, y mantenerlos actualizados, minimizando de esta manera la posibilidad de datos erróneos e inexactos para la prestación del servicio de salud. En tal sentido, la ley 1955 del 2019 "Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 'Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad'", en su artículo 246 hace referencia a la interoperabilidad de la HC, indicando que le corresponde al Ministerio de Salud y Protección Social la adopción de "un mecanismo electrónico que desarrolle la interoperabilidad de la historia clínica"; este mismo deberá garantizar entonces que se compartan entre los diferentes actores del sector salud los datos vitales para la continuidad del servicio de salud, con base en los estándares que para el efecto deberá establecer el Gobierno nacional. Para lograrlo, se le confieren al Gobierno doce meses desde la entrada en vigor de la norma para que reglamente este artículo, lo que significa que tendrá hasta el 25 de mayo del 2020 para su reglamentación.

El anterior precepto normativo se logra entonces con la expedición de la ley 2015 del 2020 "Por medio del cual se crea la Historia Clínica Electrónica interoperable y se dictan otras disposiciones". Esta norma se convertirá entonces en el norte normativo de la HCE, pues a partir de ella se inicia todo el desarrollo de la implementación del sistema interoperable de la HCE.

Esta ley se refiere, ya no como lo hacen la ley 1438 del 2011 y la ley 1753 del 2015 a la HCE, a la HCE interoperable (en adelante HCEI), lo que para el ordenamiento jurídico colombiano se convierte en una gran novedad, pues hasta entonces solo la ley 1955 del 25 de mayo del 2019 había hecho referencia a ella, pero señalando la obligación de su reglamentación en un plazo no mayor a doce meses. Desde la mirada de esta norma surgen entonces varias situaciones importantes sobre las cuales se desarrollará en adelante todo lo referente a la HCE. Por una parte, el objeto de la norma ya no es reglamentar la HCE, de la que ya se han ocupado normas anteriores, sino reglamentar la interoperabilidad de la HCE (en adelante IHCE), definiendo para ello la interoperabilidad como la "capacidad de varios sistemas o componentes para intercambiar información, entender estos datos y utilizarlos". A pesar de esta definición no se puede descuidar el análisis de la protección de los datos personales de los titulares, ya que los datos que conforman la HC pertenecen a la categoría de los datos sensibles al tenor del decreto 1377 del 2013 que reglamenta la ley 1581 del 2012 sobre tratamiento de datos, tal como se analizará más adelante.

Por otra parte, señala la citada ley una doble responsabilidad frente a la IHCE. Por un lado, delega al Ministerio de Salud y Protección Social la

administración del modelo de IHCE, y, por otro, al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones la administración de la herramienta tecnológica de la plataforma de interoperabilidad, señalando que el modelo de IHCE se debe reglamentar dentro de los doce siguientes a la entrada en vigor de esta norma, es decir, en un plazo máximo al 31 de enero del 2021. Sin embargo, el plazo del plan de implementación de la IHCE para el intercambio de los datos clínicos relevantes se debe realizar en un plazo máximo de 5 años, contados a partir de la entrada en vigor de la misma norma, es decir, con un plazo máximo al 31 de enero del 2025.

En tercer lugar, la norma que se viene analizando sobre la IHCE hace referencia reiterada al concepto de datos clínicos relevantes, los cuales son definidos en la resolución 866 del 2021 "Por la cual se reglamenta el conjunto de elementos de datos clínicos relevantes para la interoperabilidad de la historia clínica en el país y se dictan otras disposiciones", indicando que

> para los efectos del presente acto administrativo entiéndase por datos clínicos relevantes aquellos datos de la historia clínica de una persona, que los prestadores de servicios de salud requieren conocer para su atención a lo largo del curso de vida.

Así entonces, se hace necesario señalar cada uno de los datos clínicos relevantes como estándares para la implementación de la HCEI, lo que permite tener datos uniformes en las plataformas que se desarrollen para la HCE, cumpliendo el objeto de la ley 2015 sobre facilitar, agilizar y garantizar el acceso y ejercicio de los derechos a la salud y a la información de las personas, respetando el *habeas data* y la reserva de la misma.

Por último, y con el fin de entrar al análisis de la HCE como mensaje de datos y su equivalente funcional a los documentos, y el análisis normativo de la protección de datos personales desde la mirada del contenido de la HC como datos sensibles, es importante indicar que la resolución 866 del 2021 señala los principios de la interoperabilidad de datos clínicos relevantes de la historia clínica, que son: confidencialidad, disponibilidad, integridad, intercambio, oportunidad, seguridad, uniformidad y veracidad, los cuales se articularán a los principios del tratamiento de datos personales, en especial a los datos sensibles, como son considerados los datos en salud.

HCE COMO MENSAJE DE DATOS Y SU EQUIVALENTE FUNCIONAL A LOS DOCUMENTOS

Del análisis normativo realizado se puede resaltar que Colombia ha entrado en la dinámica de la HCE y en especial de la IHCE, encontrándose dentro del periodo de implementación, tal como lo ordena la ley 2015 del 2020. Esto implica el paso de la HC física a la HCE o en medios digitales. Esta transformación, producto de los avances de las IHCE, implica el análisis jurídico del reconocimiento y la validez de la HCE bajo los preceptos de la Ley 527 de 1999 sobre mensajes de datos y firmas digitales.

La validez de los mensajes de datos ha sido regulada en Colombia desde 1999 mediante la ley 527 "Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones". Esta norma define en el artículo 2 los mensajes de datos como "la información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares", de tal suerte que cualquier tipo de información que se encuentre en algún medio electrónico, como es el caso de la HCE, tiene reconocimiento como mensaje de datos, por tanto, tiene validez como equivalente funcional de los documentos.

Pese a que la norma regula de manera especial aspectos comerciales y contractuales no se reduce solo a ellos, pues puede ser aplicable a otras materias que utilicen los mensajes de datos como medios de generación, almacenamiento o transmisión de información, como es el caso de la HCE, ya que se hace necesario resolver aspectos como la conservación, archivo, admisibilidad y validez de la HCE como mensaje de datos.

Esto se confirma con el tenor del artículo 5 de la misma ley que señala lo siguiente sobre el reconocimiento jurídico de los mensajes de datos: "No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos", por tanto, el mensaje de datos goza de efectos jurídicos, esto es, que las situaciones jurídicas derivadas de la HCE producen los mismos efectos que produce o producía la HC física; tiene validez, por tanto debe ser aceptado en su forma de mensaje de datos sin que exista exigencia alguna de ser presentado en otro tipo de representación documental, y fuerza obligatoria, por cuanto, como equivalente funcional a los documentos, puede ser aportado en cualquier momento como medio de prueba y deberá ser reconocido como tal.

Lo indicado por el artículo 5 se refuerza con la aplicación de los requisitos jurídicos de los mensajes de datos que indican los artículos 6 y siguientes de la norma, los que se refieren a que cuando alguna norma señale la exigencia que la información conste por escrito, o que se exija la presencia de una firma o la presentación de la información en su forma original, cualquiera de estos requisitos queda cumplido con un mensaje de datos, es decir, que para la HCE los datos de salud de una persona, o la firma por parte de los prestadores del servicio de salud, o el documento original, se cumple con la HC en forma electrónica, es decir, por cualquiera de los medios electrónicos de que dispongan las entidades prestadoras del servicio de salud.

En tal sentido, el artículo 6 de la norma frente al documento escrito menciona que basta con un mensaje de datos "si la información que este contiene es accesible para su posterior consulta", lo que puede cumplirse válidamente con el contenido de la información en la HCE.

Así mismo, en el concepto de firma la norma señala que bastará con el mensaje de datos si hay un método que permita identificar al iniciador del mensaje, y que el método utilizado sea confiable y apropiado para los propósitos por los cuales el mensaje fue generado; esto significa que la identificación del iniciador se podrá hacer por cualquier medio de validación como claves de acceso, usuarios, contraseña o cualquier otro método que sea fiable para identificar a dicho iniciador, y que este medio sea confiable para dicho propósito, es decir, que la confiabilidad estará determinada por la forma como se hayan establecido los métodos de uso de la HCE como la autorización de acceso al sistema, la autorización de tratamiento de datos, la remisión al correo electrónico registrado por el titular ante la entidad prestadora del servicio de salud, entre otras. Es necesario resaltar que no solo se refiere a la firma digital, tal como lo define la norma que se viene analizando, sino a la firma electrónica, la cual está regulada por el decreto 2364 del 2012 "Por medio del cual se reglamenta el artículo 7 de la ley 527 de 1999, sobre la firma electrónica y se dictan otras disposiciones", indicando en la definición de firma electrónica que es un método como los "códigos, contraseñas, datos biométricos, o claves criptográficas privadas, que permite identificar a una persona, en relación con un mensaje de datos"; lo anterior significa que tanto la firma digital como la firma electrónica son reconocidas como mensaje de datos y tienen plena validez jurídica y reconocimiento legal.

Con respecto al concepto de documento original, bastará con un mensaje de datos si hay una garantía de que se haya conservado la integridad de la información desde cuando se originó el mensaje de datos, y que si se

requiere su presentación esta puede presentarse como se ha generado, por tanto, será suficiente con la conservación de la información en los archivos de la HCE y que se pueda acceder a ella por alguno de los medios o métodos establecidos y señalados antes, como claves de acceso, usuarios y contraseñas que hayan sido generados por las entidades prestadoras del servicio de salud y registrados por los titulares de los datos personales.

Finalmente, para predicar que el mensaje de datos cumple la validez y el reconocimiento jurídico deberá cumplir con el requisito de integridad del artículo 9, el cual señala que la información del mensaje de datos es íntegra si se ha conservado "completa e inalterada", lo que significa, en términos de la HCE y con base en la resolución 1995 de 1999, que "es un documento privado, obligatorio y sometido a reserva, en el cual se registran cronológicamente las condiciones de salud del paciente", y que dicha HC deberá permanecer completa e inalterada, pues no permite ni tachas ni enmendaduras, las cuales en la HCE deberán garantizar los principios señalados en la Resolución 866 del 2021 de confidencialidad, disponibilidad, integridad, intercambio, oportunidad, seguridad, uniformidad y veracidad frente a los datos de salud de la HCEI; reforzados por el artículo 7 de la misma resolución, que dice que "el conjunto de elementos de datos clínicos relevantes para la interoperabilidad de la historia clínica y los catálogos de datos no podrán ser modificados", garantizando así la integridad del mensaje de datos.

Todo esto tiene mayor peso jurídico cuando se analiza al tenor del Código General del Proceso, ley 1564 del 2012, el cual, frente a las diferentes clases de documentos, determina, en el artículo 243, "los mensajes de datos", atribuyéndoles a estos el equivalente funcional de los mismos, es decir, que para los propósitos el mensaje de datos cumple las mismas funciones o equivalen a cualquier documento en medio físico. Por su parte, el artículo 244 deja claro que "los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos", por tanto, aplicando la extensión normativa, la HCE se presume auténtica y su reconocimiento como mensaje de datos gozará de todos los atributos señalados en la ley 527 de 1999.

Protección de datos personales en la HCE

Siguiendo con la propuesta de este documento, corresponde ahora realizar el análisis normativo de la protección de datos personales desde la mirada del contenido de la HC como datos sensibles.

La protección de los datos personales está amparada constitucionalmente desde el artículo 15 de la Constitución Política de Colombia (CP), el cual señala:

> Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas (República de Colombia, 1991).

Por tal motivo, es necesario regresar al análisis normativo de la ley 23 de 1981, pues desde ella se establecen condiciones para la protección de los datos sensibles que contiene la HC, así como el secreto profesional médico frente a dichos datos.

Como se indicó previamente, la ley 23 de 1981 define la HC como un documento privado sometido a reserva, lo que implica la protección de datos personales; este documento se desarrolló en la primera década del presente siglo por medio de la ley estatutaria 1266 del 2008 y luego por la ley estatutaria 1581 del 2012, ambas sobre el derecho al *habeas data*.

Dichas normas revisten especial importancia, pues en el artículo 267 de la ley 1753 del 2015, frente a los estándares, modelos y lineamientos de las TIC para los servicios al ciudadano, se hace especial énfasis en la "plena observancia del derecho fundamental de *habeas data*", esto es, la aplicación en primer lugar de la ley 1266 del 2008 y, de manera especial, a partir del año 2012, la aplicación de la ley de protección de datos (ley 1581 del 2012).

El desarrollo normativo del artículo 15 de la CP se realiza por medio de las dos normas estatutarias señaladas, la ley 1266 del 2008 "Por la cual se dictan las disposiciones generales del *habeas data* y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones" y la ley 1581 del 2012 "Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales". Ambas leyes desarrollan el principio constitucional denominado *habeas data*, que se hace importante para la protección de los datos en salud, y que adquiere el carácter de datos sensibles, como se verá a continuación.

Señala la ley 1266 del 2008 que su objeto es reglamentar el artículo 15 constitucional en cuanto al derecho que tienen todas las personas a conocer,

actualizar y rectificar las informaciones que se recolecten en bases de datos, teniendo la HC como una base de datos donde se reúne la información sobre la salud de las personas, entonces le sería aplicada dicha normativa. Por tanto, siguiendo el desarrollo de esta es necesario señalar que los prestadores de los servicios de salud serán en primer lugar la fuente de información de los datos, es decir, que obtienen los datos de los usuarios en virtud de la relación, bien por la afiliación al sistema de seguridad social en salud y la correspondiente prestación de los servicios, o bien por la contratación de servicios complementarios, pólizas de salud o atención privada en salud por médicos particulares. Todos ellos obligados a elaborar la respectiva HC de los usuarios y la conservación de la información, como se ha señalado reiteradamente, de este documento que es privado y sometido a reserva.

Por su parte, la ley 1581 del 2012 señala un objeto similar a la ley 1266 del 2008, en razón al desarrollo del mismo artículo constitucional. Así entonces, esta norma también desarrolla el artículo 15 de la CP frente al derecho que tienen las personas de conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido en las bases de datos. La norma delega la responsabilidad de la custodia en el responsable del tratamiento de datos, que al igual que la norma anterior corresponde a los prestadores de servicios de salud.

Ambas normas están relacionadas con el derecho constitucional al conocer, actualizar y rectificar la información recolectada en bases de datos. Entendiendo la HC, y en especial la HCE como bases de datos de información y datos de salud de los usuarios, se les aplica a estas el marco normativo de protección del artículo 15 de la CP, tal como lo señala el artículo 267 de la ley 1753 del 2015, que frente a los estándares de las TIC para los servicios al ciudadano, señala como aspecto fundamental la "observancia del derecho fundamental de *habeas data*", es decir, el artículo 15 señalado.

Por su parte, la ley 2015 del 2020, que desarrolla el concepto de IHCE, establece que mediante ella varios sistemas tienen la capacidad de "intercambiar información, entender estos datos y utilizarlos", por tanto, se hace fundamental que desde la mirada del derecho al *habeas data* se otorgue la protección de los principios que inspiran las dos normas que desarrollan el mencionado artículo constitucional.

De manera especial, hay que señalar que el decreto 1377 del 2013 "Por el cual se reglamenta parcialmente la ley 1581 del 2012" hace referencia a una clase especial de datos, los cuales denomina datos sensibles, y que define como "aquellos que afectan la intimidad del titular o cuyo uso indebido

puede generar su discriminación"; entre estos datos señala los datos relativos a la salud, por tanto, la información contenida en la HCE goza de reserva, confidencialidad y se considera sensible.

Lo mencionado hasta el momento adquiere mayor importancia cuando se articulan los principios de la resolución 866 del 2021 sobre la interoperabilidad de los datos clínicos relevantes de la HC con los principios señalados en las normas sobre protección de datos, pues la ley 1266 del 2008 consagra los principios de veracidad o calidad de los registros o datos, finalidad, circulación restringida, temporalidad de la información, interpretación integral de los derechos constitucionales, seguridad y confidencialidad, y la ley 1581 del 2012 trae los principios de legalidad en materia de tratamiento de datos, finalidad, libertad, veracidad o calidad, transparencia, acceso y circulación restringida, seguridad y confidencialidad.

Como se puede observar, todas estas normas coinciden en tres principios fundamentales —sin descartar los demás, en los que no se ahondará por no ser el objeto del presente artículo—: confidencialidad, seguridad y veracidad.

Frente a la confidencialidad se debe afirmar que, en general, el conjunto normativo analizado en la primera parte hace referencia a la obligatoriedad de todos los actores que por mandato normativo o por autorización pueden acceder a la HC y que deben garantizar la confidencialidad de la información y los datos contenidos en esta; así pues, desde las normas de protección de datos se entiende la confidencialidad como la obligación a garantizar la reserva de la información, ya que si se vulnera estaría íntimamente relacionado con la ley 1273 del 2009 "Por medio de la cual se modifica el Código Penal, se crea un nuevo bien jurídico tutelado —denominado 'de la protección de la información y de los datos'— y se preservan integralmente los sistemas que utilicen las tecnologías de la información y las comunicaciones, entre otras disposiciones", que contiene varios tipos penales con relación a la protección de los datos personales. La violación de datos personales respalda el recorrido normativo que se viene realizando, pues si se vulnera la confidencialidad de los datos y la información contenida en la HCE, en virtud de la interoperabilidad que se aplicara sobre la misma, se estaría incurriendo en este tipo penal. Lo dicho sobre los tipos penales con respecto a la HCE deberá ser objeto de análisis en otros trabajos sobre la materia.

Por su parte, el principio de seguridad establece, frente a los datos personales aplicables a la HCE, la obligatoriedad de los responsables y los encargados de los datos personales en el manejo e implementación de medi-

das técnicas necesarias para garantizar los registros y evitar su adulteración, pérdida, consulta o uso no autorizado. Esta obligación no es voluntaria, por el contrario, al tenor del artículo 26 de la ley 1377 del 2012, los responsables y encargados del tratamiento de datos, frente a una eventual petición de la Superintendencia de Industria y Comercio, deberán demostrar la implementación de medidas de seguridad apropiadas para la garantía de las HCE.

Finalmente, el principio de veracidad hace referencia a que toda la información contenida en la HCE debe ser "veraz, completa, exacta, actualizada, comprobable y comprensible", todo ello implica, para los responsables de la IHCE, mantener permanentemente actualizada la información y los datos contenidos en dichas HCE, evitando así los riesgos de adulteración de los datos o la obsolescencia de los mismos.

Conclusiones

Las normas sobre HC en Colombia tienen su fundamento en la década de los ochenta del siglo pasado, las cuales continúan vigentes en cuanto al concepto que da origen a esta y a las funciones y los actores que pueden acceder a la misma. Los avances de las TIC permitieron que se estableciera la normativa para implementar la HCE, la cual inicia con una obligatoriedad de implementación antes del 31 de diciembre del 2013; sin embargo, esta fue en el año 2015, cuando se da el mayor avance normativo, hasta llegar a la presente demanda en donde se ha iniciado la implementación de la HCEI y la reglamentación del conjunto de elementos de datos clínicos relevantes para la interoperabilidad de la historia clínica, lo cual se viene desarrollando, y se cuenta con plazo de implementación hasta el 2025.

La normativa sobre HCE rompe el paradigma de la HC soportada en documento físico, más aún, establece que esta tendrá plena validez y reconocimiento legal, lo que es coherente con los aspectos fundamentales de los avances de Colombia en materia de incorporación de las TIC en diferentes procesos de la sociedad. Es así como desde el año 1999 se cuenta con la regulación, que en principio sería aplicable a los asuntos comerciales y contractuales, pero al pasar los años ha cobrado relevancia en temas fundamentales como las HCE, pues la norma del 99 reconoce efectos, validez y fuerza probatoria a los mensajes de datos, por tanto, en tiempos en donde las TIC se han convertido en la cotidianidad y los documentos en soporte de papel han pasado a los documentos en soporte electrónico y digital, el mensaje de datos tiene equivalente funcional a los documentos, tal como lo señala la

ley 527 de 1999 y lo ratifican no solo las normas sobre HCE, sino el Código General del Proceso, fundamental en los eventos en que se pretenda refutar la validez de estos.

Por último, es importante señalar que los datos contenidos en la HC y en la HCE son considerados datos sensibles, y por esta razón gozan de especial protección, no solo por las normas que sobre la materia los regulan, sino por la misma protección constitucional que deriva del artículo 15 y en especial del nuevo concepto del derecho al *habeas data*, por el cual los titulares de los datos sensibles gozan de la garantía y el derecho a conocer, actualizar y rectificar los datos personales y están protegidos por todos los principios del tratamiento de los datos personales, en especial el de confidencialidad, seguridad y veracidad.

Referencias

República de Colombia (1981). Congreso de Colombia. Ley 23 de 1981. Por la cual se dictan normas en materia de ética médica. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=68760.

República de Colombia (1991). *Constitución Política de la República de Colombia*. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=4125.

República de Colombia (1998). Ministerio de Salud. Resolución 2546 de 1998. Por la cual se determinan los datos mínimos, las responsabilidades y los flujos de la información de prestaciones de salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/RESOLUCI%C3%93N%202546%20DE%201998.pdf.

República de Colombia (1999a). Congreso de Colombia. Ley 527 de 1999. Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=4276.

República de Colombia (1999b). Ministerio de Salud. Resolución 1995 de 1999. Por la cual se establecen normas para el manejo de la Historia Clínica. https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/RESOLUCI%C3%93N%201995%20DE%201999.pdf.

República de Colombia (2005). Ministerio de la Protección Social. Resolución 1715 de 2005. Por la cual se modifica la Resolución 1995 del 8 de julio de 1999. http://normograma.supersalud.gov.co/normograma/docs/resolucion_minproteccion_1715_2005.htm.

República de Colombia (2007). Ministerio de la Protección Social. Resolución 58 de 2007. Por la cual se deroga la Resolución 001715 de 2005. http://normograma.supersalud.gov.co/normograma/docs/resolucion_minproteccion_0058_2007.htm.

República de Colombia (2007). Ministerio de la Protección Social. Resolución 2346 de 2007. Por la cual se regula la práctica de evaluaciones médicas ocupacionales y el manejo y contenido de las historias clínicas ocupacionales. https://www.ins.gov.co/Normatividad/Resoluciones/RESOLUCION%202346%20DE%202007.pdf.

República de Colombia (2008). Congreso de Colombia. Ley Estatutaria 1266 de 2008. Por la cual se dictan las disposiciones generales del *hábeas data* y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos

personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=34488.

República de Colombia (2009a). Congreso de Colombia. Ley 1273 de 2009. Por medio de la cual se modifica el Código Penal, se crea un nuevo bien jurídico tutelado - denominado "de la protección de la información y de los datos". https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=34492.

República de Colombia (2009b). Ministerio de la Protección Social. Resolución 1918 de 2009. Por la cual se modifican los artículos 11 y 17 de la Resolución 2346 de 2007 y se dictan otras disposiciones. https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/Resoluci%C3%B3n%201918%20de%202009.pdf.

República de Colombia (2011). Congreso de Colombia. Ley 1438 de 2011. Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=41355.

República de Colombia (2012a). Congreso de Colombia. Ley 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=48425#:~:text=Toda%20persona%20o%20grupo%20de,su%20incumplimiento%20injustificado%20ser%C3%A1%20sancionado.

República de Colombia (2012b). Congreso de Colombia. Ley Estatutaria 1581 de 2012. Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=49981.

República de Colombia (2012c). Presidencia. Decreto ley 19 de 2012. Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=45322.

República de Colombia (2012d). Presidencia. Decreto 2364 de 2012. Por medio del cual se reglamenta el artículo 7° de la Ley 527 de 1999, sobre la firma electrónica y se dictan otras disposiciones. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=50583.

República de Colombia (2013). Presidencia. Decreto 1377 de 2013. Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1581 de 2012. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=53646.

República de Colombia (2015). Congreso de Colombia. Ley 1753 de 2015. Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país". https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=61933.

República de Colombia (2017). Ministerio de Salud y Protección Social. Resolución 839 de 2017. Por la cual se modifica la Resolución número 1995 de 1999 y se dictan otras disposiciones. https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Resolucion%20No%20839%20de%202017.pdf.

República de Colombia (2019). Congreso de Colombia. Ley 1955 de 2019. Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 "Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad". https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=93970.

República de Colombia (2020). Congreso de Colombia. Ley 2015 de 2020. Por medio del cual se crea la Historia Clínica Electrónica interoperable y se dictan otras disposiciones. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=105472.

República de Colombia (2021). Ministerio de Salud y Protección Social. Resolución 866 de 2021. Por la cual se reglamenta el conjunto de elementos de datos clínicos relevantes para la interoperabilidad de la historia clínica en el país y se dictan otras disposiciones. https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Resoluci%C3%B3n%20No.%20866%20de%20 2021.pdf.

Revista *Ratio Juris* Vol. 18 N.º 36, 2023, DOI: 10.24142/raju, pp. 327-348 © UNAULA

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

PORTALES DE CONTACTO Y SU RESPONSABILIDAD FRENTE AL CONSUMIDOR EN COLOMBIA

CONTACT PORTALS AND THEIR CONSUMER LIABILITY IN COLOMBIA

PORTAIS DE CONTATO E SUA RESPONSABILIDADE COM O CONSUMIDOR NA COLÔMBIA

FRANK DAVID GUILLERMO-MANGA*

Recibido: 27 de noviembre de 2022 - Aceptado: 13 de marzo de 2023 -
Publicado: 23 de mayo de 2023
DOI: 10.24142/raju.v18n36a14

Resumen

En el proceso de transformación digital de los modelos de negocios actuales es indispensable reconocer el rol de los portales de contacto en las relaciones de consumo y su responsabilidad frente a los consumidores colombianos. Lo anterior, se desarrollará con base en la jurisprudencia y los conceptos de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC). A la luz de la normatividad vigente, se identificará la presunta solidaridad con los proveedores de los productos ofrecidos, considerando que dichos portales se han catalogado como simples

* Estudiante de pregrado de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada. Correo electrónico: est.frank.guillermo@unimilitar.edu.co

intermediarios cuando en realidad tienen una participación determinante junto a los proveedores en la adquisición de productos, lo cual puede ser fuente de arbitrariedades en contra de los consumidores. La presente investigación pretende realizar una línea jurisprudencial que refleje el análisis de sentencias proferidas por la SIC desde el año 2019 hasta la fecha; útil para determinar el cumplimiento de los portales de contacto con los deberes establecidos en el Estatuto del Consumidor, específicamente en su artículo 53 y cuál ha sido su tratamiento jurisprudencial.

Palabras clave: portales de contacto, responsabilidad solidaria, proveedores, consumidores, relación de consumo, protección al consumidor.

Abstract

In the process of digital transformation in current business models, it is essential to recognize the role of contact portals in consumer relations and their responsibility towards Colombian consumers. This will be developed based on the jurisprudence and concepts of the Superintendence of Industry and Commerce. In light of the regulations in force, the alleged solidarity with suppliers of the products offered will be identified. Considering that these portals have been classified as mere intermediaries when in reality they have a significant role alongside suppliers in the acquisition of products, this can lead to arbitrary practices against consumers. This research aims to establish a jurisprudential line reflecting the analysis of judgments issued by the SIC from 2019 to the present, which is useful for determining the com-

pliance of contact portals with the duties established in the Consumer Statute, specifically in Article 53, and their jurisprudential treatment.

Keywords: Contact Portals, Joint and Several Liabilities, Suppliers, Consumers, Consumer Relationship, Consumer Protection.

Resumo

No processo de transformação digital nos modelos de negócios atuais, é essencial reconhecer o papel dos portais de contato nas relações de consumo e sua responsabilidade para com os consumidores colombianos. O anterior será desenvolvido com base na jurisprudência e nos conceitos da Superintendência de Indústria e Comércio. À luz da regulamentação em vigor, será identificada a presumível solidariedade com os fornecedores dos produtos oferecidos. Considerando que esses portais têm sido classificados como simples intermediários quando na verdade têm participação decisiva junto aos fornecedores na aquisição de produtos, o que pode ser fonte de arbitrariedade contra os consumidores. A presente investigação pretende realizar uma linha jurisprudencial que reflita a análise das sentenças proferidas pelo SIC desde 2019 até à data; útil para determinar a conformidade dos portais de contato com os deveres estabelecidos no Estatuto do Consumidor, especificamente em seu artigo 53 e qual tem sido seu tratamento jurisprudencial.

Palavras-chave: Portais de Contato, Responsabilidade Solidária, Fornecedores, Consumidores, Relação de Consumo, Proteção do Consumidor.

Introducción

La digitalización de las relaciones comerciales y del Derecho en sí mismo es una realidad indudable que revoluciona el diario vivir de todos los colombianos. Una evolución contemporánea y esporádica referida a la forma de relacionarnos y, por ende, de celebrar negocios jurídicos gracias al desarrollo acelerado que han alcanzado las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) considerando el auge de los negocios electrónicos en atención a la contingencia de salubridad mundial presentada a causa del covid-19. Por consiguiente, las plataformas como el *e-commerce* y los portales de contacto han adquirido un gran apogeo por el hecho de que dinamizaron la interrelación entre consumidor y proveedor en la compra de bienes o la prestación de servicios en los últimos años.

Es así que, desde la entrada en vigor de la Ley 1480 del 2011, se ha ido profundizando y regulando un terreno que se encontraba desconocido en lo que respecta a la verdadera protección al consumidor, y que ha hecho que consumidores, empresarios y autoridades enfoquen su interés en los distintos aspectos que componen el derecho al consumo.

El presente artículo determina los deberes y las responsabilidades de los portales de contacto para con los consumidores, considerando la presunta solidaridad que tienen con los proveedores, teniendo en cuenta la injerencia directa frente al mercado y los productos que se ofertan en sus plataformas electrónicas; para ello, se analizarán, entre otras, la obligación de los portales de contacto de informar de forma transparente, completa, veraz, precisa e idónea a los consumidores; así como las condiciones que permiten atribuirle la calificación de “portal de contacto” a estos espacios web que conectan oferentes y consumidores.

Las garantías con las que cuentan los consumidores en las normas existentes en Colombia, con respecto a los portales de contacto y ante la prerrogativa que tienen para escudarse en ser meros intermediarios, han sido poco desarrolladas, siendo en algunos casos determinante su incidencia en las relaciones de consumo, por lo que es preciso plantearse la diferenciación entre “portal de contacto” y “proveedor” o “expendedor” y establecer si el ánimo de lucro es un factor determinante para vincular, en términos de responsabilidad, al portal de contacto.

De lo anterior, podrá evidenciarse el tratamiento normativo dado sobre el tema, identificando si dicha normatividad es suficiente o si, por el contrario, resulta poco eficaz ante la satisfacción de las necesidades del consumidor. Para ello se estudiarán en conjunto: las normas que regulan la

materia y los pronunciamientos y los fallos emitidos por la SIC para esclarecer la ambigüedad de las interpretaciones y determinar la suficiencia de las garantías que se encuentran en el momento de contrastar lo suscitado en las normas con su aplicación práctica.

Portales de contacto en Colombia

Para entrar en materia acerca de la forma en la que se debe considerar la conexión entre los portales de contacto y los proveedores en la relación de consumo, es pertinente definirlo conforme a lo establecido en el artículo 53 de la Ley 1480 de 2011, que dispone:

> Quien ponga a disposición una plataforma electrónica en la que personas naturales o jurídicas puedan ofrecer productos para su comercialización y a su vez los consumidores puedan contactarlos por ese mismo mecanismo, deberá exigir a todos los oferentes información que permita su identificación, para lo cual deberán contar con un registro en el que conste, como mínimo, el nombre o razón social, documento de identificación, dirección física de notificaciones y teléfonos. Esta información podrá ser consultada por quien haya comprado un producto con el fin de presentar una queja o reclamo y deberá ser suministrada a la autoridad competente cuando esta lo solicite (República de Colombia, 2011, art. 53).

Asimismo, es oportuno precisar cuándo hay lugar a una relación de consumo. Para ello se hace necesario considerar dos extremos claramente definidos, por un lado, un consumidor, siendo toda persona natural o jurídica que como destinatario final adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar, doméstica o empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica (República de Colombia, 2011, art. 5, inc. 3), y por otro lado un productor, proveedor o expendedor, quien de manera habitual, directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o comercialice productos con o sin ánimo de lucro (República de Colombia, 2011, art. 5, inc. 11). Dichas cualidades permiten establecer diferentes tipos de obligaciones y deberes de cada uno de ellos, con una participación diferente en la relación de consumo.

De conformidad con lo expuesto, la intermediación resulta una característica trascendental y diferenciadora entre los actores del comercio

electrónico. Así, en lo que se refiere a los portales de contacto, resulta destacable su rol de mero intermediador, ya que estos no hacen parte directa de la relación de consumo. De esta manera, su principal obligación se restringe a exigir la información suficiente sobre la identificación de los proveedores o productores, en aras de que los consumidores puedan, en caso de ser necesario, recurrir directamente a estos para exigir el cumplimiento de sus derechos e intereses. Sin embargo, ¿puede un portal de contacto considerarse proveedor en una relación de consumo?

Es fundamental reconocer que cada caso debe ser considerado de manera única y especial, a efectos de determinar el alcance normativo y su debido modo de aplicación. Así, se podría establecer si el consumidor se cataloga como un sujeto de protección legal. Independientemente de la posible responsabilidad solidaria de los portales de contacto, se estima esencial probar debidamente su intervención, sea como mero intermediario o influencia directa en la relación de consumo para determinar quién o quiénes son responsables ante el consumidor.

La Ley 1480 del 2011 ha sido necesaria para establecer garantías que cobijen a los consumidores y fijar límites que deban tener los portales de contacto con la implementación de las plataformas virtuales. Recordando que por la violación de las normas de protección al consumidor se podrán imponer las multas y sanciones pertinentes contenidas en su artículo 61.[1] En la mayoría de los casos, el portal de contacto, en sí mismo, no es una empresa prestadora de servicios ni proveedora de bienes, se limita muchas veces a ser una plataforma virtual y, por lo tanto, no se encuentra habilitado para prestar dichos requerimientos ni de la necesidad de cumplir con garantías en la relación de consumo.

Los portales de contacto y su desarrollo jurisprudencial

La SIC, en cumplimiento de su función de inspección y vigilancia, profirió la resolución 40212 del 28 de agosto de 2019 en atención a las denun-

1 Sanciones tales como: 1) Multas hasta por dos mil (2000) salarios mínimos mensuales legales vigentes en el momento de la imposición de la sanción; 2) Cierre temporal del establecimiento de comercio hasta por 180 días; 3) En caso de reincidencia y atendiendo a la gravedad de las faltas, cierre definitivo del establecimiento de comercio o la orden de retiro definitivo de una página web portal en Internet o del medio de comercio electrónico utilizado.

cias formuladas por los consumidores por infracciones al estatuto de protección al consumidor, pronunciando orden administrativa contra la plataforma de comercio electrónico Rappi S. A. S.

Para el estudio de la naturaleza del modelo de negocio de Rappi, la SIC dispuso ajustar las cláusulas del documento, al igual que los términos y condiciones de uso de la plataforma con la finalidad de salvaguardar los derechos de los consumidores y establecer un hito frente a las características de un modelo de negocio, tal como lo es un portal de contacto operado por una página web o aplicación. En este pronunciamiento estableció que Rappi se trataba de la operación de un proveedor de bienes y servicios a través de medios electrónicos y no un portal de contacto o mero intermediario.

Abriendo paso a las garantías de los consumidores en las relaciones de consumo, de acuerdo con el estatuto se debe cumplir con la calidad, idoneidad y seguridad del servicio o bien proporcionado. Aquellas aplicaciones que funcionan como intermediarios que no ejercen ningún tipo de control frente a los proveedores, violentan de manera expresa los deberes mínimos de información y colman de inseguridad jurídica a los consumidores, pasando por alto las condiciones de calidad para la debida comunicación con los proveedores, causando el funcionamiento deficiente del servicio e incluso la pérdida de confianza por los usuarios al optar contraer relaciones jurídicas por medios virtuales.

> Bajo la regulación prevista en el estatuto del consumidor, incluso aquellos sujetos que realizan una actividad de mera intermediación se les podría catalogar como portales de contacto, le resultan exigibles, relevantes deberes de información y transparencia de cara al consumidor para que se les libere de las responsabilidades que recaen sobre los proveedores en el comercio electrónico (SIC, Colom2019).

Esta conclusión se hace mediante un análisis del modelo de negocio de la accionada, vislumbrando que la plataforma tecnológica de comercio electrónico no corresponde a la definición legal y los elementos que conciernen a un portal de contacto.

Se determina que Rappi forma parte de la comercialización indirecta de bienes y servicios que se ofrece en la aplicación digital donde se materializan las relaciones de consumo, pues obtiene una comisión de los valores pactados en dicha herramienta tecnológica, como se evidencia en el apartado de los aliados comerciales de Rappi, estipulando su relación con el pro-

veedor mediante "el cobro de un porcentaje de los valores transados a través de la plataforma por el uso y alquiler de la plataforma virtual" (SIC, 2019, p .). Aunado a lo anterior, también participa en la realización del pago, emite los avisos publicitarios dirigidos al consumidor, ejecuta las promociones y ofertas, tiene a cargo los canales soportes de diálogo con el consumidor siendo la cara visible y fija la procedencia de la garantía de los precios.

Se logra evidenciar la postura que tiene la SIC como autoridad administrativa en su función jurisdiccional, precisamente cuando se refirió acerca de la naturaleza de los portales de contacto de la siguiente manera:

> Es claro que a la luz de la regulación prevista para este agente del comercio electrónico se encuentran excluidas de considerarse portal de contacto aquellas plataformas que, más allá de prestar la estructura especifica que hace posible la interacción entre los usuarios, permite que se involucren en la operación o ejerzan control sobre ella para ser consideradas como plataformas de comercio electrónico. Esto último ocurre, entre otras circunstancias cuando: 1) la transacción tiene que cursar necesariamente a través de la plataforma de comercio electrónico o, en otras palabras, el portal de contacto; 2) la plataforma establece los términos y las condiciones que regulan la adquisición del servicio; 3) la plataforma de comercio electrónico fija el precio de los productos o establece una metodología para predeterminarlos; 4) el pago del precio es realizado directamente a dicha plataforma (SIC, 2019, p .).

Asimismo, en la sentencia antes señalada se estipulan los parámetros para que una plataforma electrónica pueda recibir el tratamiento de portal de contacto, tales como: 1) demostrar que actúa como merointermediario, 2) demostrar que permite que el consumidor contacte al oferente de los productos a través de su sistema, 3) brindar la alternativa de concertar la operación entre ellos al margen de la plataforma, 4) acreditar que no tiene un rol fundamental en la operación, así como en las condiciones de la transacción y 5) informar de manera clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, precisa e idónea que actúa como un mero intermediario, así como los efectos y alcances de esta situación. Bajo ese entendido, se estipula que cuando una empresa pone a disposición una página web para que terceros hagan públicas sus ofertas y comercialicen sus productos a cambio de un porcentaje, es solidariamente responsable de la garantía y de la información que se suministra por esos terceros en su plataforma.

Al analizar si el ánimo de lucro es determinante para establecer una responsabilidad solidaria para el portal de contacto, se puede concretar que el ánimo de lucro no puede ser la razón fundamental para endilgar una responsabilidad de garantía frente al portal de contacto. Esto, teniendo en cuenta que los portales de contacto, al igual que los proveedores en comercios electrónicos, pueden y tienden a buscar una explotación económica de sus funciones para generar utilidad, además, los artículos 49, 50 y 53 de la ley 1480 de 2011 no establecen necesariamente la diferenciación en utilidad económica de ambas figuras.

Incluso, tal como establece la guía para protección económica del consumidor electrónico realizada por la SIC (2021d):

> Las empresas que ostenten el rol de intermediador, en calidad de portales de contacto, pueden ofrecer además del mero contacto, valores agregados para facilitar la realización de la transacción, tales como soluciones de pagos, logística, una línea de atención al consumidor, sin que esto implique que sean parte de la relación de consumo propiamente dicha (p.).

De cierta manera, es visible el reto jurídico en el momento de establecer cuándo un portal de contacto tiene injerencia directa en la relación de consumo, ya que la tendencia de fallos en la SIC, tales como en la sentencia 20-198104 del 2020, la sentencia 20-337539 del 2021 y la sentencia 20-441637 del 2021. Todas siendo acciones de protección al consumidor interpuestas por la vulneración de sus derechos por parte de diferentes portales de contacto. Estas acciones, aunque diferentes entre sí por el objeto en litigio, comparten un mismo elemento en común, siendo este el estudio de la calidad del portal de contacto y las obligaciones de estos con los consumidores.

En el caso en concreto de la sentencia 20-75269 del 2021 ocurre lo siguiente: una acción de protección al consumidor adelantada por el demandante Diego Zapata contra Mercado Libre por la compra de una bicicleta Roadmaster 29 Storm Shimano Journey por un valor de $ 89 000, que posteriormente no llegó, y en el momento de reclamar su compra la parte accionada se limitó a la devolución del dinero sin explicación alguna de la cancelación. El demandante agregó que luego de anulada la compra encontró publicada la misma bicicleta, en la misma plataforma, por $ 899 900.

Frente a este caso, se podría estipular que el precio inicial de dicha bicicleta podría sonar irrisorio a la vista de un consumidor promedio. Sin embargo, la vulneración al derecho de información por parte de Mercado Libre al cancelar la compra sin una explicación veraz, transparente y libre establece que no solo se debe recurrir a la simple lógica de lo que un consumidor puede determinar de justo precio o no, es la necesidad y la garantía normativa de ser informados de manera concisa por qué la compra realizada no pudo ser perfeccionada, reconociendo que estas páginas electrónicas, por lo general, tienen una posición dominante en la relación de consumo.

Asimismo, frente al rol de portal de contacto, la jueza Yuly Mogollón, en audiencia, manifestó lo siguiente:

> Aunque la sociedad demandada haya aportado los términos y condiciones donde se menciona que Mercadolibre Colombia Ltda. solo pone en disposición un espacio virtual para que se genere una comunicación mediante internet, el despacho evidencia una injerencia mayor a la de un portal de contacto por parte de la sociedad demandada. Verbigracia de lo anterior, es el hecho de que Mercadolibre Colombia Ltda. generó una compra protegida y realizó la devolución del dinero al consumidor, cuando el vendedor no respondió a la reclamación directa presentada. De esta manera, Mercadolibre Colombia Ltda. interviene en el perfeccionamiento de las operaciones y permite que a través de su plataforma se realice la comercialización de bienes y servicios, por lo que, como consecuencia de lo anterior, su participación en la relación de consumo le impone una obligación solidaria de cara al consumidor (SIC, 2021b, p.).

A raíz de lo anterior, se denota, de manera sorpresiva, que la SIC ha optado por desarrollar conceptualmente la función de los portales de contacto frente a los consumidores, sin embargo, fallando estas acciones de protección al consumidor en conexidad con otros derechos. Reconociendo la vulneración, pero sin comprometer a la plataforma o aplicación como portal de contacto, por el contrario, enfatizando la protección de otros derechos, tales como el de la veracidad de la información y la protección de la publicidad engañosa, dejando en tela de juicio la efectividad de la reglamentación jurídica y el desarrollo jurisprudencial sobre la importancia del rol del portal de contacto.

Abriendo paso a las garantías de los consumidores en las relaciones de consumo, que de acuerdo con el estatuto deben cumplir con la calidad, idoneidad y seguridad del servicio o bien proporcionado.

Características propias de los portales de contacto

En aras de precisar la calidad de los actores en la relación de consumo, se mencionan aspectos que han sido tenidos en cuenta por la SIC para determinar que un sujeto desarrolla actividades que conducen a considerarlo proveedor de bienes y servicios a través del comercio electrónico, a saber:

1. Cuando se perciben ingresos por las transacciones y las relaciones de consumo celebradas a través de la plataforma.
2. Se tienen métodos de pago propios o recibe el pago que el consumidor hace por los productos adquiridos a través de la plataforma y posteriormente reparte los valores obtenidos a los aliados comerciales, descontando, entre otros, el valor por el uso y alquiler de la plataforma, compensaciones por retrasos, órdenes incompletas o erróneas, así como por demoras en los tiempos de entrega de los productos comercializados.
3. Recibe ingresos por servicios que presta autónomamente la misma plataforma sin intervención de los aliados comerciales.
4. con medios propios para perfeccionar las relaciones de consumo, encargándose no solo del ofrecimiento y la comercialización de los productos, sino de la entrega de estos, designando las condiciones de tiempo, modo y lugar para que se surta entrega.
5. Atiende de forma directa las peticiones, quejas y reclamos (PQR) relacionadas con los productos, encargándose de recibirlas, tramitarlas y decidirlas.
6. Ofrece servicios adicionales que son propios y no de sus aliados comerciales, pero sin limitarse a la posibilidad de seleccionar los bienes que se van a adquirir de conformidad con las instrucciones del consumidor y a contactarse con los consumidores para verificar la disponibilidad proponiendo una solución, provisión de métodos de pago y servicios de entrega, reparto o distribución (SIC, 2021, p.).

Estas prácticas se evidencian en un diario vivir en ejemplos claros de este modelo de negocio, en aplicaciones como Mercado Libre, Rappi, Linio y OLX.

Estos aspectos son relevantes al analizarse minuciosamente con sus respectivas particularidades, con la finalidad de determinar si el sujeto involucrado en la relación de consumo debe responder como proveedor de bienes y servicios a través del comercio electrónico o como portal de contacto, siendo evidente que surge una mayor garantía y responsabilidad cuando se determina que dichas plataformas actúan como los primeros.

Al respecto, es menester traer a colación lo manifestado por Corcione (2020), quien al estudiar la figura del Marketplace como papel del portal de contacto concluye que

> no es un mero portal de contacto aquellas plataformas digitales que en la intermediación tienen una participación activa de ese agente del mercado. La duda surge en si se debe considerar como un proveedor de bienes y servicios que se ofrecen a través del comercio electrónico, siendo el extremo visible de la relación de consumo, teniendo en cuenta las ganancias por medio de comisiones que adquiere y su participación en toda transacción en materia de publicidad, información, financiación etc. el Estatuto del Consumidor vigente, según lo dispuesto, no tendría otra opción sino considerarlo como un proveedor y exigirle las obligaciones propias de este (p.).

Para finalizar, cabe resaltar que Colombia ha dado pasos importantes hacia el reconocimiento normativo de otras modalidades de negocio electrónico, tal como se puede evidenciar en la ley 2068 del 2020, que modifica la Ley General de Turismo y dicta otras disposiciones. Los numerales 8[2] y 9[3] de su artículo 3 introducen y definen, respectivamente, la "Plataforma electrónica o digital de servicios turísticos" y el "Operador de plataforma electrónica o digital de servicio turísticos"; asimismo, el artículo 39 de la presente ley deja clara las responsabilidades del operador de la plataforma

2 Plataforma electrónica o digital de servicios turísticos. Es aquella que les permite a los turistas buscar y encontrar un servicio turístico en su destino de viaje, contactarse con el prestador, reservar o pagar por el servicio. Intermedian entre el turista y el prestador de servicios y cobran una comisión, remuneración o tarifa de uso al prestador o al turista, o a ambos.

3 Operador de plataforma electrónica o digital de servicios turísticos. Persona natural o jurídica que administra, opera o representa una plataforma electrónica o digital de servicios turísticos.

frente a sus consumidores. Esto demostrando que el avance normativo es vital para dar plenitud a la protección de derechos del consumidor y, de igual forma, terminar con la incertidumbre jurídica en un mundo globalizado que impone cada vez más retos con la interconectividad de nuestras actividades cotidianas y la implementación de las TIC en las relaciones mercantiles.

Obligaciones de los consumidores en la relación de consumo

Sobre las obligaciones de los consumidores colombianos es menester considerar que, así como los consumidores son objeto de protección especial en el estatuto del consumidor, sus actuaciones también están sujetas a deberes que deben cumplir a cabalidad para mantener el equilibrio en la relación de consumo. El artículo 3 del estatuto del consumidor establece tres deberes principales para los consumidores:

1. Informarse respecto de la calidad de los productos, así como de las instrucciones que suministre el productor o proveedor en relación con su adecuado uso o consumo, conservación e instalación.

Lo anterior teniendo claro que la visión contemporánea del consumidor es un sujeto que se informa y tiene conocimiento sobre lo que planea comprar o adquirir, bien sea un objeto o servicio, asimismo debe asegurarse de entender las instrucciones suministradas y comprender los métodos de uso para el correcto funcionamiento, dando énfasis en el tema que nos compete, pues el consumidor deberá informarse del rol que cumple la página como portal de contacto y las responsabilidades que aquello acarrea.

2. Obrar de buena fe frente a los productores y proveedores y frente a las autoridades públicas.

Este deber se materializa en la jurisprudencia explicada anteriormente, en los casos cuando el consumidor compra el bien o servicio por un valor que a simple vista es totalmente infundado, incluso irrisorio en razón a la calidad y características del mismo. En ese orden de ideas, el consumidor no solo debe informarse de los productos, sino también ser consciente del valor de los bienes o servicios adquiridos en el mercado actual y no actuar

de mala fe en la adquisición de ofertas infundadas o irrisorias, vulnerando la confianza en la relación de consumo.

3. Cumplir con las normas sobre reciclaje y disposición de desechos de bienes consumidos.

Este último deber, siendo más complementario, ordena al consumidor ser responsable con los bienes consumidos y que realice una disposición de desechos responsables sobre aquellos.

Protección al consumidor en el comercio electrónico transnacional

A lo largo del presente texto se ha demostrado cómo el comercio electrónico permite la integración de mercados y una globalización de la economía pudiendo comercializar en plataformas digitales a nivel nacional e incluso a nivel internacional, sin embargo, es bien sabido que la seguridad en el perfeccionamiento de compras por medios virtuales genera cierta incertidumbre y desconfianza por parte de los consumidores, incluso más en el marco internacional. Con esto dicho: ¿cómo se podrían reclamar los derechos de los consumidores en Colombia en el momento de realizar la compra de bienes y servicios por medio de portales de contacto internacionales?

En estricto sentido, de conformidad con nuestra legislación, en el momento en que un consumidor adquiere un producto fuera del territorio nacional, o compra en un establecimiento de comercio que no está constituido en el país, bien sea por medios tradicionales o por medios electrónicos, no puede invocar el Estatuto del Consumidor, ley 1480 de 2011, como mecanismo de protección a sus derechos, toda vez que el principio de territorialidad de la ley no le permite al Estado colombiano legislar fuera de sus fronteras.

En ese orden de ideas, ¿cuál sería la competencia de la SIC y los jueces nacionales frente a controversias que surgen en el marco del comercio electrónico transnacional? Bajo lo consagrado en el artículo 4 de nuestra Constitución Política "es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades" (República de Colombia, 1991, art. 4), y también el artículo 18 del Código Civil: "La ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia". Con esto dicho se puede estipular que las controversias se regirán con las normas nacionales, es decir, estatuto del consumidor

y leyes que regulen la materia siempre y cuando esos establecimientos de comercio se encuentren en el territorio nacional y les sean exigibles dichas obligaciones a la empresa extranjera.

Acerca de la presente problemática, el autor Lima Pinheiro (2012) establece que la determinación de la regulación jurídica de un contrato electrónico internacional presupone la elección de un ordenamiento jurídico estatal (o de varios ordenamientos jurídicos estatales aplicables a diferentes aspectos del contrato). Esta elección se lleva a cabo por las normas de conflicto del derecho internacional privado. Por ende, lo ideal es regir las relaciones de consumo fundadas en la autonomía de la voluntad entendida como la determinación del derecho aplicable a los contratos que constituyen un principio de derecho internacional privado común a la inmensa mayoría de los sistemas nacionales, y asimismo identificar el régimen jurídico aplicable a un contrato internacional con base en el ordenamiento jurídico estatal o varios ordenamientos jurídicos estatales que regulen los aspectos del contrato.

Aun así, es claro que en las relaciones de consumo los consumidores son habitualmente la parte económicamente más débil y negocialmente menos experimentada, considerando que la mayoría de los contratos electrónicos son de adhesión. Acerca de los contratos electrónicos con consumidores, el artículo 5 de la Convención de Roma de 1980 dispone:

> 1) El presente artículo se aplicará a los contratos que tengan por objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios a una persona, el consumidor, para un uso que pueda ser considerado como ajeno a su actividad profesional, así como a los contratos destinados a la financiación de tales suministros; 2) Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3, la elección por las partes de la ley aplicable no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual: si la celebración del contrato hubiera sido precedida, en ese país, por una oferta que le haya sido especialmente dirigida o por publicidad, y si el consumidor hubiera cumplimentado en ese país los actos necesarios para la celebración del contrato, o si la otra parte contratante o su representante hubiera recibido el pedido del consumidor en ese país, o si el contrato fuera una venta de mercancías y el consumidor hubiera ido de ese país a un país extranjero y hubiera pasado el pedido, a condición de que el viaje hubiera sido organizado por el vendedor con el fin de incitar al consumidor a concluir una venta (Consejo de la Comunidad Europea, 1980, p. 6).

En tal sentido, se da énfasis en la posición de inferioridad económica y negocial del consumidor. La Convención de Roma da ciertos lineamientos para la protección íntegra del consumidor en el momento de mencionar que la ley aplicable de ninguna manera puede desmejorar los derechos de los consumidores frente a la protección que le puede otorgar la legislación de su residencia habitual. De la misma forma, esta normatividad busca mantener cercanía con el lugar de mayor permanencia del consumidor, de tal modo que a menos de que se haya pactado algo diferente operen las normas de protección del Estado al que pertenece el consumidor. Sin embargo, suscita otra problemática respectiva a la participación del proveedor en varias legislaciones desconocidas a lo largo del país, ya que esta podría dificultar la comercialización por medios electrónicos e incluso desincentivar el mercado transnacional. Por otro lado, si se optara por elegir las normas del país vendedor, también acarrearía una carga excesiva al consumidor por estar sometido a realizar una compra dominada por una legislación totalmente desconocida que lo pone en una situación de desventaja incluso mayor a la que normalmente se encuentra.

Online Dispute Resolution como autorregulación del conflicto

Como ya se mencionó, no existen normas de carácter internacional que otorguen competencia a determinado tribunal para que dirima los conflictos por medios virtuales. Mediante dicha ausencia nacen las Online Dispute Resolution (ODR), o en su traducción literal "resolución de disputas en línea" como una manera de dirimir conflictos originados por medios virtuales de manera eficiente y ágil dotado de fuerza coactiva para su efectivo cumplimiento. Es bien sabido que en materia de protección al consumidor, en el momento en que el consumidor considere que le han sido vulnerando sus derechos, la Ley 1480 del 2011, en su artículo 58, prevé que antes de dirigirse a la autoridad, bien sea la SIC en funciones de prevención o los jueces de la República avocando conocimiento jurisdiccional, se debe agotar el requisito de la reclamación directa al proveedor con el que adquiere el producto o en este caso el portal de contacto con responsabilidades de proveedor por su injerencia en la relación de consumo, dando oportunidad al uso de métodos alternativos de resolución de conflictos como la conciliación o mediación. En este sentido, los ODR se entienden como una forma de resolución de conflictos surgidos como producto de las diferencias entre

consumidores y proveedores de las compras que se realizan principalmente a través de internet en plataformas de comercio.

El principal objetivo es el de brindar seguridad jurídica en el momento de las transacciones, especialmente las electrónicas, sobre todo si estas son transnacionales, además, invita al proveedor a internacionalizar su producto, con los beneficios económicos que esto genera, evitando el hecho de acudir a un oneroso proceso judicial en caso de controversia, sin embargo, la creación de las ODR no resulta viable para todos, pues significa una inversión en infraestructura y creación del sistema de información, representación, seguridad y confidencialidad, diferencias culturales y lingüísticas, brecha digital y ejecución de acuerdos transnacionales.

Según Nava-González (2017):

> Hoy en día a nivel internacional se constata una clara inclinación por los procedimientos ODR escalonados o multinivel, para resolver conflictos derivados del comercio electrónico entre empresas y particulares que ofrecen una primera fase autocompositiva —que incluye negociación, mediación o conciliación— y avanzan hacia una etapa subsiguiente heterocompositiva, como el arbitraje en línea o la adjudicación (p. 839).

Así las cosas, se podría optar por los métodos autocompositivos para impactar de manera positiva las relaciones de consumo y prescindir de las leyes de ambos países para alcanzar acuerdos con celeridad, efectivos y de bajo costo; de todas formas, este método no es ajeno a situaciones en las cuales no se logre tener un ánimo de conciliación o solución del pleito de forma amistosa, sobre todo cuando se disputan poderes significativos de ambas partes del negocio jurídico. El éxito dependerá de hallar la solución, cediendo entre ambas partes sin vulnerar los derechos irrenunciables del consumidor. El uso de las ODR trae múltiples ventajas al eliminar barreras geográficas que antes dificultaban los reclamos, además de alivianar costos, al igual que la presentación de soluciones innovadoras y agiles, dando satisfacción a las partes involucradas.

Sin estar muy alejados de la realidad colombiana frente a reclamos, en el 2015 la SIC puso en marcha una novedosa plataforma virtual llamada "SIC facilita" para crear una comunicación entre consumidores y proveedores, con el objetivo de agilizar los procesos, evitar llegar a una demanda y la posibilidad de conciliar de forma fácil, rápida, con contacto directo en-

tre proveedor y consumidor mediada por la Superintendencia. Dicha herramienta electrónica ha dado beneficios considerables, tanto a consumidores como a proveedores, toda vez que 1) han contribuido al mejoramiento de la calidad de vida del consumidor que presenta una inconformidad con un producto o servicio, 2) ha permitido la credibilidad y confianza de proveedores y consumidores y a tener una relación de consumo y 3) mejora la imagen institucional de la SIC al dirimir conflictos.

Se evidencia que la implementación de dicha herramienta en Colombia ha suscitado un gran avance frente a mecanismos de resolución de conflictos alternativos por medios virtuales, aunque se debe tener claro que esta herramienta de la SIC solo funciona en la medida en que el conflicto ocurra en el territorio nacional, toda vez que se ha expuesto que no hay una unificación normativa ni tratados vinculantes que logren salvaguardar los derechos del consumidor en cuanto al ámbito de protección con proveedores del extranjero sin ninguna sucursal registrada en el país. Claramente es un gran impedimento para consumidores que estén dispuestos a hacer compras por plataformas transnacionales.

Conclusiones

Los avances tecnológicos y la implementación de las TIC en las relaciones de consumo actuales han involucrado a consumidores, empresarios, proveedores, productores y hasta incluso al mismo Estado para revolucionar la forma tradicional de adquirir bienes y servicios; siendo completamente importante plantear la responsabilidad de las plataformas electrónicas que actúan como meros intermediarios pese a que desempeñan funciones de portales de contacto, lo que además en el contexto jurídico resultaría novedoso.

A lo largo de la presente investigación se han expuesto tanto las características esenciales de un portal de contacto como los casos puntuales en los que las plataformas electrónicas se comportan como tal, en el momento de tener injerencia directa en la relación de consumo. Además, jurisprudencialmente se ha evidenciado que la SIC, en sus funciones jurisdiccionales sobre acciones de consumo, tiende a reconocer mediante los parámetros mencionados que los portales de contacto deben tener una responsabilidad como proveedores cuando su relación en la compra o adquisición del bien sea determinante con respecto al consumidor.

Dicho lo anterior, se puede afirmar que, aunque no se han legislado de una manera exhaustiva los criterios para considerar a un mero interme-

diario como portal de contacto, sí se han desarrollado tanto doctrinal como jurisprudencialmente los lineamientos que se deben tener en cuenta para discernir ambos conceptos, y a partir de ello determinar el grado de responsabilidad con los consumidores, reconociendo que cada caso individualizado de acción de consumo debe estudiarse en consideración con la injerencia directa del mercado, el ánimo de lucro y las regulaciones que dicho portal de contacto establece para el perfeccionamiento de la compra de bienes o servicios. Asimismo, se discutió la protección de dicho consumidor a nivel internacional y cómo se ha tratado de obtener una solución asociada a la ley aplicable y al tribunal competente que conocerá sobre las diferencias que puedan surgir como producto de la celebración de contratos internacionales.

Quedó demostrado que las posibles soluciones por responsabilidad de dichos portales de contacto, y en general el perfeccionamiento de un contrato por medios electrónicos, únicamente se dan en el plano nacional y el en plano regional, dejando desprotegidos a los consumidores que realizan compras fuera de los límites territoriales de su país o de su región.

Ante lo acontecido, las grandes plataformas de comercio electrónico con reconocimiento en todo el mundo han optado por celebrar contratos con ODR para la prestación del servicio de mediación en línea, como una manera de conocer y resolver satisfactoriamente las reclamaciones de los consumidores, sin importar su país de origen, además de que con su implementación se logran beneficiar las distintas compañías con plataformas electrónicas y establecimientos de comercio fuera del territorio nacional, generando buena reputación, más clientes alrededor del mundo y siendo ejemplo de buenas prácticas empresariales, procurando la confianza del consumidor en el mercado electrónico y las garantías de las que puede disponer en caso de controversias con los bienes o servicios adquiridos.

También quedó evidenciado que las ODR, a pesar de ser herramientas tecnológicas novedosas y útiles, no logran tener una fuerza vinculante y obligatoria para todos los empresarios que comercializan en línea a través de plataformas electrónicas, toda vez que son las empresas las que de manera voluntaria deciden si desean contar con el respaldo y los servicios que otorgan dichos órganos de resolución de conflictos en la red.

Ahora bien, se demuestra la necesidad latente de darle competencia internacional a todas las formas de ODR para eliminar la incertidumbre de los consumidores al realizar compras por medios electrónicos, y asimismo dotar de seguridad jurídica las zonas grises acerca de la responsabilidad de los portales de contacto en el ámbito internacional.

Finalmente, es necesario el continuo desarrollo de la protección al consumidor a nivel regional con la implementación de normativas que regulen de manera concreta el rol de los portales de contacto, teniendo en cuenta la tendencia jurisdiccional aquí expuesta, y fomentar la regulación a nivel internacional mediante tratados internacionales en aras de impulsar el comercio electrónico y otorgar las garantías necesarias a una sociedad con consumidores cada vez más interconectados e influenciados en función de la transformación digital.

Referencias

Consejo de la Comunidad Europea (1980). Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:334:0001:0027:ES:PDF

Corcione, M. (2020). ¿Qué es legalmente un marketplace? https://derechoeconomico.uexternado.edu.co/economia-digital/que-es-legalmente-un-marketplace/

Dispute Resolution Latinoamérica (2021). ODR Online Dispute Resolution Latinoamérica, https://odrlatinoamerica.com/quienes-somos/

Fortich, S. (2011). Una nota sobre formación y formalismo del contrato electrónico. *Revista de Derecho Privado*, (20), 347-357. https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/2896

Nava-González, W. (2017). Problemas de ejecución en el marco de los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos en línea, vinculados al comercio electrónico B2C. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, *50*(149), 837-861. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332017000200837

Otálora, A. Y. (2021). *Protección al consumidor en plataformas digitales de comercio electrónico hacia una armonización regional*. [Trabajo de grado]. Universidad Santo Tomás, Tunja, Colombia. https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/33294/2021anaotalora.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

Pinheiro, L. (2012). Derecho aplicable a los contratos celebrados a través de Internet. *Estudios de Deusto*, *54*(2), 151. https://doi.org/10.18543/ed-54(2)-2006pp151-198

República de Colombia (1991). Constitución política de Colombia. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

República de Colombia (2011). Congreso de la República de Colombia. Ley 1480 de 2011. Estatuto del consumidor. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1480_2011.html

Superintendencia de Industria y Comercio (SIC). Colombia (2017a). Concepto 15-022221. Derecho de los Negocios, Universidad Externado de Colombia. https://dernegocios.uexternado.edu.co/comercioelectronico/superintendencia-de-industria-y-comercio-concepto-15-022221/

Superintendencia de Industria y Comercio Colombia (SIC). Colombia (2017b). Protección al consumidor en Colombia. Una aproximación desde

las competencias de la Superintendencia de Industria y Comercio. https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Publicaciones/Proteccion_al_Consumidor_en_Colombia_julio27_2017(1).pdf

Superintendencia de Industria y Comercio (SIC). Colombia(2019). Iván Darío Sierra Escobar versus Rappi S.A. Sentencia 00016593 resolución 40212 de 26 de diciembre de 2019. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. https://www.sic.gov.co/sites/default/files/boletin-juridico/Sentencia%20Rappi.pdf

Superintendencia de Industria y Comercio (SIC). Colombia (2021a). Diana Milena Torres Ramos versus Linio Colombia S.A.S. Juez Yalena Patricia Luna Anaya. Sentencia radicado 20-337539 de 10/08/2021. https://gestor.relatoria.sic.gov.co/visor-relatorias/bUS6IYIBRbWQiLjBl8Id/relatoria

Superintendencia de Industria y Comercio (SIC). Colombia (2021b). Diego Adrián Zapata Escobar versus Mercadolibre Colombia Ltda., Juez Yuly Andrea Mogollón Martínez. Sentencia radicado 20-75269 de 01/03/2021. https://gestor.relatoria.sic.gov.co/visor-relatorias/rESzIYIBRbWQiLjB98Hb/relatoria

Superintendencia de Industria y Comercio (SIC). Colombia (2021c). Édisson Leandro Robles Sánchez versus Mercadopago Colombia Ltda. Juez Margarita Rosa Sandoval Gómez. Sentencia radicado 20-441637. https://gestor.relatoria.sic.gov.co/visor-relatorias/xkS9IYIBRbWQiLjBscK4/relatoria

Superintendencia de Industria y Comercio (SIC). Colombia (2021d). Guía para la protección del consumidor y sus datos personales en el comercio electrónico. https://www.sic.gov.co/sites/default/files/normatividad/062021/Borrador%20Gui%CC%81a%20de%20Comercio%20Electro%CC%81nico%2025.06.2021.docx

Revista *Ratio Juris* Vol. 18 N.º 36, 2023, DOI: 10.24142/raju, pp. 349-378 © UNAULA

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

LOS DILEMAS DE LAS REDES CRIMINALES DE BELLO**

THE DILEMMAS OF BELLO'S CRIMINAL NETWORKS

OS DILEMAS DAS REDES CRIMINOSAS DE BELLO

CÉSAR GIOVANNY CASTAÑEDA-BLANDÓN*

Recibido: 27 de noviembre de 2022 - Aceptado: 13 de marzo de 2023 -
Publicado: 23 de mayo de 2023
DOI: 10.24142/raju.v18n36a15

Resumen

Durante las cuatro décadas anteriores, las redes criminales del municipio de Bello crecieron y sofisticaron sus estructuras y repertorios, convirtiéndose en organizaciones mafiosas con amplio dominio territorial, capaces de constreñir a gran parte de la ciudadanía mediante la imposición de tributos criminales, creando monopolios comerciales en mercados legales e ilegales, y alimentando redes de corrupción para quitarle efectividad a la

* Economista de la Universidad del Valle, estudiante de pregrado en Derecho de la Universidad Autónoma Latinoamericana y miembro del Observatorio de Paz y Memoria de UNAULA. CvLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0002115721#, Google Scholar: https://scholar.google.com/citations?user=PGdrF0kAAAAJ&hl=es, ORCID: https://orcid.org/0009-0001-2095-4122, correo electrónico: cesar.castaneda8543@unaula.edu.co.

** Agradezco a María del Pilar Castillo por sus aportes y correcciones.

política pública de seguridad. Luego de identificar y establecer las motivaciones económicas y los repertorios de las redes delincuenciales analizadas, mediante el uso de las herramientas analíticas de la teoría de la agencia, se establecieron algunas de las vulnerabilidades que afloran cuando sus dirigentes enfrentan los dilemas surgidos de la relación agente-principal. Los diseñadores de la política pública de seguridad podrían derivar importantes líneas de acción que exploten las vulnerabilidades de los criminales en pos de la tutela material de los bienes jurídicos de la comunidad bellanita.

Palabras clave: Bello, criminalidad, violencia urbana, problema del agente-principal.

Abstract

During the previous four decades, the criminal networks of the municipality of Bello grew and sophisticated their criminal structures and repertoires, becoming gangster structures with extensive territorial control, capable of constraining a large part of the citizenry through of criminal taxes imposition, creating monopolies businesses in legal and illegal markets, and feeding corruption networks to make ineffective public security policy. After identifying and establishing the economic motivations and repertoires of analyzed criminal networks, through of agency theory analytical tools, some vulnerabilities that emerge when their leaders manage dilemmas arising from the prin-

cipal-agent relationship. The designers of the public security policy could derive important action lines to exploit the vulnerabilities of criminals in pursuit of the material protection of the legal rights of the Bellanita's community.

Key words: Bello, Criminality, Urban violence, Principal-agent problem.

Resumo

Durante as quatro décadas anteriores, as redes criminosas do município de Bello cresceram e sofisticaram suas estruturas e repertórios criminosos, transformando-se em estruturas mafiosas com amplo controle territorial, capazes de constranger grande parte da população por meio da imposição de impostos criminais, criando monopólios comerciais nos mercados legais e ilegais e alimentando redes de corrupção para tornar a política de segurança pública menos eficaz. Após identificar e estabelecer as motivações econômicas e os repertórios das redes criminosas analisadas, por meio do uso das ferramentas analíticas da teoria da agência, foram estabelecidas algumas das vulnerabilidades que surgem quando seus líderes enfrentam os dilemas decorrentes da relação agente. Os formuladores de políticas de segurança pública poderiam derivar importantes linhas de ação que exploram as vulnerabilidades dos criminosos em busca da proteção material dos bens jurídicos da comunidade Bellanita.

Palavras-chave: Bello, Criminalidade, Violência Urbana, Problema principal-agente.

Introducción

En el municipio de Bello, al igual que en el resto del área metropolitana de Medellín, la delincuencia organizada se ha convertido en un problema sin solución aparente. A lo largo de las cuatro décadas anteriores, contrario a lo que se esperaría por la acción preventiva y coercitiva del Estado, la delincuencia organizada en este municipio del Aburrá norte ha ido transformando y sofisticando sus repertorios delincuenciales, dejando en el pasado a las pequeñas bandas de influencia barrial, que se dedicaban al hurto indiscriminado en las zonas marginales, para perfilarse como estructuras mafiosas con amplio dominio territorial, capaces de constreñir a la gran mayoría de la ciudadanía imponiendo tributos criminales a los ciudadanos, creando monopolios comerciales en mercados tanto legales como ilegales, y capturando las rentas de la administración pública municipal y los organismos de representación política del orden nacional y regional.

Ante este panorama, es pertinente preguntarse ¿por qué el Estado no ha logrado construir políticas públicas que le permitan ejercer la tutela material de los bienes jurídicos de la comunidad del municipio de Bello, vulnerados sistemáticamente por las redes criminales que allí se asientan? La hipótesis de partida es que la política pública de seguridad ha estado tradicionalmente subordinada a lineamientos estratégicos impartidos desde instancias nacionales, que focalizan los esfuerzos en alcanzar objetivos globales o de importancia estratégica, dejando al margen el tratamiento de las problemáticas específicas de las territorialidades que, como en el caso de Bello, no hacen parte de las prioridades del diseño nacional. Esta carencia de integralidad de la gestión pública de seguridad podría subsanarse si los hacedores de la política pública construyen líneas de acción complementarias, de carácter territorial, que exploten las vulnerabilidades de las organizaciones criminales emergentes y anticipen las estrategias de adaptación de los ilegales a dichas políticas.

Se consideró que el enfoque analítico de la teoría de la agencia es adecuado para aportar en la identificación, descripción y comprensión de los dilemas y las vulnerabilidades que comportan los líderes de las redes delincuenciales de Bello (*principal*), porque cuando los principales se ven abocados a resolver las disyuntivas que se desprenden de la subcontratación criminal de redes *agente* que ejercen el monopolio territorial y operan en los mercados como sus representantes, se enfrentan varios de los problemas típicos de agencia: información asimétrica, intereses contrapuestos, riesgo

moral, control, selección adversa y señalización. Para arribar al propósito general de señalar los dilemas y las vulnerabilidades de los principales de las redes criminales de Bello, se identificaron los factores económicos, sociales e institucionales que han propiciado la sofisticación de los repertorios delincuenciales de las redes cuya acción lesiona de forma sistemática los bienes jurídicos[1] de la población bellanita. Algunas de las principales conclusiones de este ejercicio académico auguran éxitos en la acción coercitiva del Estado, si se incorporan líneas de acción de política pública con especificidad territorial que propendan por la desactivación de las redes de corrupción y los mecanismos diplomáticos de los que se valen los criminales para proteger sus estructuras de amenazas externas. Al contrario que las estrategias de política criminal que propenden por elevar la punibilidad de las conductas delictivas, no logran el impacto deseado sobre este tipo de estructuras dada la importancia de la señalización que comportan los agentes de las redes analizadas.

El mapa de ruta de este texto es el siguiente: en la sección introductoria se hará un contexto mínimo del municipio de Bello; en la segunda sección se introducirá una revisión bibliográfica que centrará la mirada en la evolución de la criminalidad y la política pública de seguridad en el municipio de Bello durante las últimas cuatro décadas; luego se introducirá la teoría de la agencia como herramienta de análisis y se identificarán los objetivos económicos y los repertorios criminales de los que se valen las organizaciones ilegales en el municipio de Bello; en la cuarta sección se expondrán los dilemas que deben sortear las organizaciones criminales para alcanzar el cumplimiento de los objetivos económicos del principal, a la vez que interactúan y se adaptan a su contexto para hacer ineficaz la política pública de seguridad; en la última sección se identificarán algunas de las vulnerabilidades de las redes delincuenciales analizadas y se harán las respectivas conclusiones.

Un contexto mínimo del municipio de Bello

El municipio de Bello contaba en el 2018 con una población de 481 901 habitantes (DANE, 2019), que lo hacen el segundo municipio de mayor

1 Para profundizar sobre el concepto de bienes jurídicos legalmente tutelados se recomienda revisar a Roxin (2006; 2013).

población en Antioquia y el décimo en el país. Dada la conurbación de la mayoría de los municipios del área metropolitana, en la que el municipio de Medellín hace las veces de centro de gravedad, con Bello y Copacabana al norte, y Envigado, Sabaneta, Itagüí, La Estrella y Caldas al sur, los fenómenos y procesos delincuenciales que afectan al municipio en cuestión están totalmente ligados y en interdependencia con los del resto de la región metropolitana.

Desde hace aproximadamente quince años Bello es uno de los polos de crecimiento del sector inmobiliario del departamento, lo que ha acentuado la característica de ser una "ciudad dormitorio", pues las áreas que concentran las actividades industriales, financieras y de servicios se encuentran segregadas hacia el centro y sur de la metrópoli. Solamente durante las dos décadas anteriores, por el vertiginoso crecimiento del negocio inmobiliario en el municipio, se crearon los estratos socioeconómicos 5 y 6, pues históricamente la municipalidad estaba estratificada entre estratos 1 a 4, es decir, un municipio fundamentalmente obrero.

En términos históricos, el surgimiento de Bello como municipio en 1913 está totalmente ligado con su ingreso al circuito mercantil internacional por la fundación de textilerías que se asentaron allí desde 1902, durante la primera fase de industrialización textil en Colombia, que tuvo su principal foco productivo en el departamento de Antioquia, y cuya primera fábrica fue la Empresa de Tejidos de Bello (Montenegro, 1982), lo que generó una importante atracción de mano de obra, principalmente femenina, que llegó a la territorialidad de Hato Viejo demandando vivienda, infraestructura urbana básica y servicios sociales, lo que, a la postre, crearía las condiciones básicas para la fundación de la nueva unidad territorial mediante la Ordenanza número 48 del 29 de abril de 1913 de la Asamblea Departamental de Antioquia (Martínez y Uribe, 2013).

Monopolio territorial, concentración y sofisticación criminal en Bello

El objetivo de este ejercicio descriptivo y analítico es estudiar la naturaleza de las redes criminales asentadas en el municipio de Bello, partiendo de una revisión bibliográfica que se encuentra circunscrita en trabajos realizados sobre las dinámicas criminales, principalmente en el municipio de Medellín, pero con relevancia para todo el Valle de Aburrá, dado que, como

bien lo describen Tobón y Valencia (2016), la "codependencia" y el "relacionamiento entre las actividades" y los "actores criminales" en la región metropolitana de la capital antioqueña han conducido a "la regionalización del problema criminal" (p. 71).

Monopolio territorial

Una de las principales características que se puede observar sobre la praxis de las organizaciones delincuenciales del Valle de Aburrá es que ellas ejercen un monopolio territorial frente a otras redes delincuenciales; a este fenómeno se le ha conocido como "fronteras invisibles" (Jaramillo, 2013). En la literatura económica se define el monopolio como una falla del mercado en la que un solo oferente satisface la totalidad de la demanda, debido a la imposibilidad de que a tal mercado ingresen otros oferentes a competir para satisfacerla, dada la existencia de barreras que impiden el ingreso (Varian, 2010). En los modelos más básicos se explica que las barreras de entrada pueden ser de origen natural, como en el caso de las esmeraldas que solo se encuentran en ciertas regiones del planeta, o de origen artificial, como es el caso de la producción y venta de cierto tipo de licores en nuestro país, debido a las regulaciones impuestas por nuestro legislador. Algunas de las principales conclusiones de la teoría económica sobre el análisis de los monopolios son que los monopolistas son precio-decisores, es decir, que quien ejerce un monopolio define cuál es la curva de oferta que maximiza sus beneficios, pues de su discrecionalidad depende la fijación de los precios y las cantidades que se van a producir de la mercancía monopolizada (Mankiw, 1998).

Hylton (2007) resalta que para el año 2002 el Bloque Cacique Nutibara (BCN) dominaba el 70 % del crimen organizado del Valle de Aburrá, imperio logrado mediante la cooptación de las otrora pequeñas y atomizadas bandas que fueron convertidas en tentáculos de la gran red de poder mafiosa que centralizó la delincuencia, reguló la distribución del territorio y las rentas ilegales, armó y entrenó como nunca antes a sus nuevos soldados y, acaso el más importante y duradero efecto, propició la incorporación de muchos jefes de bandas al mercado internacional de narcóticos (Alonso y Valencia, 2008). Bello no fue la excepción, pues el actor armado paramilitar se extendió rápidamente por la ciudad ("El hombre que creó el bloque Metro y lo exterminó", 2009), encontrando múltiples fuentes de financiación (República de Colombia, 2011) e introduciendo una serie de acuerdos como

la delegación del territorio a las redes que conformaron su aparato. Giraldo (2011) identifica la operación y regulación de los mercados legales e ilegales como el objetivo principal de los criminales.

En los mercados ilegales, las redes criminales de Bello prohíben que en sus territorios se cometan hurtos, extorsiones, homicidios o la comercialización de sustancias ilícitas que no estén previamente ordenados o autorizados por los principales de la red. El tráfico y la distribución de sustancias de uso ilícito funcionan bajo un monopolio artificial que imponen las bandas criminales y del cual únicamente se benefician los principales de las redes y sus agentes en el territorio. La pena para quien introduzca de contrabando sustancias ilícitas con fines comerciales en el territorio monopolizado es la muerte. En lo que atañe a las extorsiones, los principales ceden a sus agentes en el territorio los beneficios de los cobros extorsivos de menor cuantía, más comúnmente conocidos como microextorsiones.

En algunos mercados semilegales y legales, como se explicará más adelante, "Los Triana", "Camacol ", "Los Pachelly" y "El Mesa", han establecido precios mínimos para la comercialización de productos de primera necesidad como los huevos, los lácteos y las arepas ("Huevos y arepas, negocio de los combos", 2011), mientras que en otros mercados impiden la libre competencia prohibiendo el ingreso de ciertas marcas de productos. Estas prácticas monopólicas se aplican mediante amenazas a los comerciantes (Giraldo y Fortou, 2014).

Concentración y sofisticación criminal en Bello

Para el año 2005, la alcaldía de Bello reconocía la existencia de al menos 86 bandas en el municipio ("Bello inició plan para resocializar 12 bandas", 2005), mientras que en el año 2021 la Policía nacional reconocía únicamente la presencia de las diez redes criminales en el mismo territorio (Vásquez, 2021). ¿Qué explica tal reducción de estructuras delincuenciales en Bello? Alonso *et. al.* (2007) plantean que el proceso mediante el cual se configuró la red del BCN incluyó

> complejos procesos de aniquilación, negociación, absorción, dominación y contratos derivados de las cuatro rutas de la guerra en Medellín, esto es, la ruta de las autodefensas, la ruta del narcotráfico, la ruta de las bandas y la ruta específicamente paramilitar (p. 115).

En el mismo sentido, Ávila (2014) explica que en el resto de país se ha ido replicando el modelo de *outsourcing* implementado por "Don Berna" en Medellín, consistente en que las grandes estructuras criminales absorben a las pequeñas bandas y combos para que "operen diferentes rentas" en sus zonas de influencia, sin tener que desdoblar la organización principal para dominar y mantener cada rincón del territorio controlado.

Dado que la delegación del monopolio territorial en cabeza de un agente genera procesos de especialización, las redes principales han logrado ampliar y diversificar su portafolio incursionando en la producción y comercialización de licores adulterados, la operación de chance y apuestas ilegales y el cobro de carteras de difícil recaudo que contratan tanto a personas naturales como jurídicas. Asimismo, han creado empresas para la explotación sexual de mujeres y menores de edad ("'Me hicieron firmar confesión falsa': periodista amenazado en Bello", 2014), la comercialización de lácteos, la oferta de servicios financieros de menor cuantía (comúnmente conocidos como prestamos gota a gota), el desarrollo de proyectos inmobiliarios (Matta, 2014) y la captura de empresas de transporte de pasajeros. De la misma forma, algunas de estas bandas han adaptado sus repertorios criminales para expropiar bienes inmuebles a sus legítimos dueños (Monroy, 2011), parcelar y vender lotes baldíos (Matta, 2014) y, desde luego, exportar narcóticos (Giraldo, 2011).

Esta revisión de la literatura permite inferir entonces que el monopolio territorial no es un fin en sí mismo, sino más bien un instrumento para lograr el control y la regulación de los mercados legales e ilegales. Igualmente, que la subcontratación criminal estimula la especialización de agentes y principales y propicia la adaptación, la concentración y la sofisticación, tanto de las formas organizativas como de los repertorios criminales.

¿Por qué utilizar la teoría de la agencia para analizar el comportamiento de las redes criminales de Bello?

La teoría de la agencia, en cuanto herramienta de análisis de las ciencias sociales, cuya propuesta analítica se desprende de las relaciones contractuales en las que: 1) un individuo (*principal*) opta por delegar su representación en otro individuo (*agente*), para que 2) el segundo actúe por su propia cuenta, pero a riesgo del primero; 3) aunque ambos individuos, agente y principal, desde la perspectiva de Kant (2012) son "un fin en sí mismo" (tienen objetivos diversos), el uno se constituye en el órgano de

representación del otro (Ospina y Ospina, 2021), es decir, el agente se constituye en un medio para el logro de los fines del principal; 4) todo lo anterior, bajo un entorno en el que el principal tiene menos información que el agente (información asimétrica) y no lo puede controlar.

Algunas de sus aplicaciones iniciales se circunscribieron al campo de los seguros (Shavell, 1979), los mercados de intermediación financiera (Ross, 1973) y la organización empresarial (Jensen y Meckling, 1976). Igualmente, el instrumental de esta apuesta teórica también se ha puesto al servicio del desarrollo y la mejora de la política pública (Arrow, 1985) y la comprensión de las interacciones de diferentes tipologías de organizaciones ilegales como los terroristas (Shaphiro, 2017) y los mafiosos (Balletta y Lavezzi, 2019). Para el caso de las organizaciones ilegales colombianas, Castillo y Balbinotto (2012), en su estudio sobre las extintas Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (Farc), proponen una explicación alternativa sobre como los secuestros fueron minando la moral de combate de los mandos intermedios de la exguerrilla, hasta fracturar la unidad de mando y la cohesión interna, debilidades que, cuando afloraron, fueron inteligentemente explotadas por los gobiernos de la época para asestar algunos de los más importantes golpes infringidos a dicho movimiento armado.

Ahora bien, siguiendo el derrotero trazado por Shapiro (2013), entender los dilemas de las organizaciones terroristas (criminales en nuestro caso) permite que los hacedores de la política pública construyan líneas de acción que exploten las vulnerabilidades de las organizaciones ilegales a las que se desea combatir, y anticipen las estrategias de adaptación de los ilegales a dichas políticas. Usando el modelo analítico propuesto por el autor para el caso de las redes criminales del municipio de Bello, se considera que los objetivos económicos y los repertorios criminales de ellas son la fuente principal de donde provienen las vulnerabilidades específicas de cada red criminal, en tal sentido, conocer a fondo los nichos económicos en los que se desenvuelven las organizaciones delincuenciales y sus formas de operar, puede ayudar a construir políticas de mayor eficiencia en el esfuerzo coercitivo del Estado contra dichas organizaciones criminales.

Finalmente, es importante manifestar que los modelos de análisis microeconómico desprendidos de la línea propuesta por Becker (1968), que conducen a la construcción de políticas públicas punitivistas y policivas, que es como tradicionalmente, y con muy pocos éxitos, se han tratado de resolver los problemas de la delincuencia en nuestro país, aunque incorporan importantes herramientas para el entendimiento de los fenómenos crimina-

les, no parten de la comprensión integral de las preferencias de los criminales ni de la diversidad de sus estrategias y formas organizativas, ni mucho menos de la desafortunada convergencia de intereses entre los criminales y algunos importantes agentes estatales que, eventualmente, fisuran la función coercitiva del Estado, es decir, modelos analíticos que sí se observan a la luz de las reglas de la lógica y que como parten de premisas que no son fieles a la realidad, la veracidad de sus conclusiones será incierta. Organizaciones criminales como "Los Chatas", con más de treinta años en la criminalidad antioqueña, que han sobrevivido a todas las alcaldías de elección popular de Bello, a más de siete gobiernos nacionales y a las tres más importantes reformas de política criminal de la historia reciente en Colombia, son un claro ejemplo de la necesidad de migrar de los modelos tradicionales a otras apuestas teóricas más ajustadas a las particularidades de los mercados ilegales.

¿Quién es el principal y quién el agente?

Diferentes estudios sobre los actores del conflicto urbano de Medellín evidencian la relación jerárquica como una regularidad empírica de las redes criminales del Valle de Aburrá (Blattman *et al.*, 2020; Hylton, 2007; Martin, 2014; Tobón y Valencia, 2016). En ese sentido, y siguiendo la propuesta de simplificación para el análisis del agente-principal en las estructuras ilegales organizadas jerárquicamente que aplicaron Castillo y Balbinotto (2012), para caracterizar a las Farc, en el caso específico de las redes criminales del municipio de Bello, se considera que el rol de principal lo ejercen los máximos líderes de las organizaciones delincuenciales, pues son ellos quienes garantizan la cohesión interna de la estructura criminal, definen las reglas del juego y el acceso a las rentas provenientes del monopolio y la regulación de los mercados y garantizan el control territorial mediante el uso de la violencia o los mecanismos no violentos (redes de corrupción o la diplomacia), dependiendo de la amenaza a la que deban hacer frente. Por su parte, el rol del agente lo ejercen los líderes de las organizaciones criminales subalternas, subcontratadas o de menor jerarquía en la red, que operan en territorios o mercados específicos bajo la tutela y el mandato (en representación) de los máximos líderes de las redes criminales.

Contexto y características de la relación principal-agente

¿Cómo son estructuralmente los principales y los agentes?

Dado que durante las décadas anteriores las estructuras criminales de Bello sufrieron un proceso de concentración criminal, las redes que ejercen el rol de principal no pueden administrar por sí mismas el territorio sobre el que tienen monopolio, tanto por la gran extensión de este como por la diversidad de mercados en los que intervienen. Debido a ello, deben desarrollar una estructura organizativa muy robusta y capaz de resolver los siguientes problemas de agencia: 1) conducir una fuerza militar que pueda disuadir a otros jugadores de competir por el territorio; 2) crear y administrar redes de corrupción que ayuden a morigerar la persecución estatal; 3) monopolizar y regular los mercados de los que derivan sus rentas criminales; 4) asumir la representación diplomática de la red ante las otras redes que cuentan con el rol de principal y 5) contratar, delegar y ejercer controles sobre sus agentes para evitar que ellos socaven sus objetivos económicos.

En términos jerárquicos, los líderes de la red agente están subordinados al principal, ejerciendo el monopolio territorial en representación de él. Para ello, los líderes de la red agente deben contratar vigilantes (que son el brazo armado y quienes garantizar el control territorial), cobradores, expendedores de drogas al detal (más conocidos como jíbaros), "cocineros" (que son los que se encargan de mezclar la pasta base de coca con otras sustancias para poder dosificar el alcaloide y ofertarlo a los consumidores) y coordinadores (que hacen las veces de jefes intermedios, cuya responsabilidad está circunscrita a una subdivisión del territorio o a un mercado en específico). Así pues, la descentralización de los mercados y la especialización de los agentes es uno de los resultados de los procesos de optimización que logran las redes analizadas cuando se enfrentan al problema del principal-agente.

¿Cómo extraen rentas el principal y el agente?

Como la integración vertical no es la mejor vía para la maximización de beneficios, pues los diferentes eslabones de las cadenas productivas ofrecen tasas de retorno desiguales, el principal elige para sí únicamente los mercados en los que puede ser monopolista, y dentro de esos mercados

escoge los eslabones que maximizan sus beneficios económicos. Además, y dado que tiene la obligación de generar incentivos para contratar agentes que permitan operar en más mercados y más territorios, el principal típico opta por desprenderse de las rentas menos cuantiosas y también sobre las cuales puede ejercer menos controles. Entre los mercados que están reservados para el principal se encuentran los siguientes monopolios: extorsiones de mayor cuantía; tráfico al por mayor de sustancias de uso ilícito; explotación sexual de niños y niñas menores de 14 años (Galdos, 2014) y 4) hurtos de mayor cuantía y asesinatos por encargo. También pueden participar en otros mercados en los que son un jugador más, dado que no necesariamente están circunscritos a su territorio, siendo los más importantes la minería ilegal, el tráfico internacional de narcóticos y la venta de armas ("El Mesa, grupo criminal de Bello, tenía título para explotar coltán en Vichada", 2020).

Uno de los más importantes problemas que enfrenta el principal es la asimetría de la información, debido a que la delegación que hace en el agente le impide conocer la realidad con el mismo detalle que aquel. Akerlof (1970) y Spence (1974) observaron, respectivamente, la selección adversa y la señalización como posibles resultados del problema de agencia producido por la información asimétrica. En el caso del primero, se analiza el problema de información oculta que enfrentan los compradores para conocer las verdaderas condiciones del vehículo que desean comprar en el mercado de segunda mano; en el segundo caso, el problema lo enfrenta el empresario que desea contratar trabajadores con mayor disposición para realizar esfuerzos y lograr los objetivos misionales de la compañía. La selección adversa como mecanismo de mercado termina generando una solución ineficiente al desincentivar la oferta de los buenos vehículos, dado que los compradores no estarán dispuestos a pagar precios acordes a la calidad, pues no saben diferenciar los vehículos buenos de los malos. La señalización, en cambio, es una solución socialmente deseable, pues los trabajadores con mayor vocación de sacrificio y más disciplinados les transfieren esa información a los reclutadores con sus mejores calificaciones.

Los principales de las redes criminales de Bello afrontan problemas similares a los esbozados a la hora de contratar un agente, pues la forma como se distribuyen las rentas criminales para los agentes de las redes analizadas pone en evidencia un diseño de incentivos basado no solamente en la eficiencia del agente, sino también, y más importante aún, en una gran solución para el contexto de incertidumbre que genera en el principal su acceso asimétrico a la información. Veamos.

La red agente garantiza la manutención de su mano de obra con cobros extorsivos semanales a la comunidad, cobros conocidos eufemísticamente como "vigilancia", los cuales son pagados por las viviendas, los comerciantes (formales e informales), las empresas asentadas en el territorio y los propietarios de vehículos que se estacionan en la vía pública. Los líderes de las redes agente, por su parte, se lucran principalmente de los cobros extorsivos provenientes de las actividades de construcción o remodelación de la propiedad raíz, la venta ilegal de lotes vacantes o de uso público, las utilidades de la comercialización al detal de las sustancias estupefacientes, además de los cobros extorsivos a los vehículos de las empresas que comercializan y distribuyen sus productos en el territorio monopolizado por la red agente, cobros estos últimos que en algunas ocasiones mutan de la coacción al acuerdo de voluntades, con el objeto ilícito de crear monopolios comerciales a favor de las empresas en el territorio monopolizado por la red agente.

Como se observa, las rentas de las redes agente son las más difíciles de controlar, pues dependen de la interacción con la comunidad, es decir, son las rentas en las que más fácilmente el agente puede defraudar al principal, dada la imposibilidad de controlar dichos ingresos. La solución encontrada por el principal, desprenderse de dichas rentas en favor del agente, resuelve entonces, de forma óptima, dos problemas esenciales de la teoría de la agencia, generar incentivos económicos que maximicen el esfuerzo y disminuyan el riesgo moral de su agente (Hart y Holmström, 1986), y ejercer controles para disminuir la probabilidad de ser defraudado por el agente. Como consecuencia de esta inteligente solución, se reducen las mayores amenazas para el logro de sus objetivos económicos del principal a: 1) la competencia territorial de otros principales; 2) el exceso de autonomía de los agentes y 3) la acción coercitiva del Estado sobre su territorio y su estructura organizacional.

¿Cómo interactúa el principal con otros jugadores?

En lo concerniente a las interacciones con otros jugadores, el principal típico analizado interactúa fundamentalmente con tres tipos de jugadores: agentes, otros principales y agentes del Estado. Como la interacción con sus propios agentes se tratará más adelante, en este punto se hablará de poner en contexto la interacción con otros principales y con el agente estatal típico. En lo que concierne a las interacciones con otros principales, dada la sofisticación estructural de los criminales de Bello, se puede identificar que

la vía diplomática[2] ha sido un instrumento valioso para los principales, pues ha minimizado las interacciones violentas interredes en el municipio, propiciado así un equilibrio estratégico de largo plazo entre los criminales. El mecanismo diplomático edificado por los principales de las organizaciones criminales de Bello consiste en una serie de reglas que se pueden describir así: 1) delimitación del perímetro geográfico sobre el que se le reconoce y respeta el monopolio territorial a cada red; 2) un longevo pacto general de no agresión interredes, es decir, se niega la autotutela; 3) en caso de interacciones violentas interredes se activa una cláusula de neutralidad y exclusión (obligación de no hacer) de las redes que no son parte de las hostilidades (esta cláusula fue especialmente importante para contener los efectos de la última espiral de violencia vivida entre los años 2019 y 2020, pues operó perfectamente, por lo que la confrontación acaecida se circunscribió únicamente al territorio y los miembros de las redes enfrentadas) y 4) la facultad de "Los Chatas" para dirimir las fricciones, ejercer tutela o ejercer coacción en caso de conflictos interredes.

Las mencionadas reglas de coexistencia pacífica tienen como plus que introducen la interacción con el agente estatal, dado que al aplicarlas se favorece la gestión de la política pública de seguridad, ello porque la reducción de las interacciones violentas entre los criminales presiona a la baja las estadísticas de homicidio, hurto y percepción de inseguridad; es decir, se configura una alianza no declarada (*de facto*) que genera objetivos convergentes entre las redes criminales y las élites políticas con resultados positivos para ambas (juego de suma positiva), por lo que las redes criminales se terminan haciendo garantes de la seguridad pública mientras disminuyen su figuración negativa, lo que convierte a los propios delincuentes en elementos esenciales para el éxito de la gestión estatal. Este tipo de juego trae como consecuencia una aversión general entre los jugadores a hacerse daño, y en ese sentido, las redes criminales favorecen la gestión de las élites políticas, mientras que estas últimas se hacen las de la "vista gorda" frente a la existencia y el accionar de los delincuentes, reduciéndose al mínimo la acción coercitiva del Estado. Si a este arreglo se le suman las redes de corrupción, que serán analizadas con profundidad en los dilemas de los principales, se logra entender con mayor claridad lo que se ha llamado por algunos sectores del Valle de Aburrá como "donbernabilidad" (Martin, 2014, p. 527).

2 Entendida como el conjunto de mecanismos no violentos que utilizan los criminales para tramitar sus diferencias y conflictos con otros principales.

Los dilemas que enfrentan los principales de las redes criminales de Bello

Dilema 1: delegación

No es deseable para el principal dejar en manos de un agente la gestión de sus propios intereses, sin embargo, por la escala del monopolio territorial que ejercen las redes criminales analizadas, la delegación es una vía eficaz para alcanzar mejores resultados económicos. El principal es consciente de que al delegar la operación del territorio debe crear incentivos económicos para que el agente haga su mejor esfuerzo operando los mercados ilegales que se le han confiado, a la vez que mejora sus expectativas de éxito en la labor de evitar ser alcanzado por la acción coercitiva del Estado. El dilema de delegar o no delegar consiste en ceder parte de las rentas criminales al agente, abrir la red criminal a otros nodos de menor jerarquía (lo que implica también amplificar los riesgos de seguridad de la red) y perder el control directo sobre el territorio que es su principal activo. En contraprestación a las cesiones descritas, el principal podrá concentrar sus esfuerzos en desarrollar mayor eficiencia en los eslabones más productivos de los mercados ilegales, y, en no pocas veces, dar el paso a los mercados legales; el principal también gozará de mejores garantías de seguridad dado que su grado de exposición a la acción estatal será relativamente menor al no tener que estar en contacto directo con la población ni con los compradores de sustancias ilícitas.

Los mecanismos para la elección de los agentes, aunque no son muy sofisticados, han probado ser muy eficientes al juzgar por la relativa estabilidad que han observado las redes delincuenciales analizadas. Sobre los jefes intermedios de la red, que son los que lideran las redes agentes, se hace visible el fenómeno de la "señalización", propuesto para los mercados laborales por Spence (1974), pues normalmente son curtidos delincuentes, desmovilizados de los grupos paramilitares y que han pasado periodos de tiempo en la cárcel, tras los cuales retoman sus actividades en la red delincuencial con relativa comodidad. Esto último no es sorprendente en dicho tipo de organizaciones, pues como lo relata Dickie (2015), algo similar sucede con la mafia siciliana. Otra característica que llama la atención, y que es consistente con la evolución de las redes delincuenciales de Bello, es que los jefes intermedios que ofician el papel de agentes de la red hacen parte de las listas de desmovilizados de los grupos paramilitares.

Esas características permiten inferir el uso de una estrategia que tradicionalmente utilizan las empresas para mantener bajo su nómina a buenos y

ambiciosos trabajadores, el ascenso y la promoción interna a los niveles de dirección superior, puesto que se incentiva el compromiso a largo plazo de los trabajadores, a la vez que se mejora la gestión de los mismos, debido a que, de su buen desempeño en cargos de menor jerarquía y responsabilidad depende el ascenso en la red. Casos como el de alias "Tom", referenciado en la evolución de la red de "Los Chatas", ejemplifica la ocurrencia de este tipo de mecanismos en las redes analizadas.

Del dilema de la delegación surge una importante conclusión, y es que las estrategias punitivistas, que por lo general abogan por mayores penas privativas de la libertad, no generan los impactos deseados sobre los operativos de las redes criminales, dado que para el proceso de reclutamiento los principales observan de mecanismos de señalización sobre sus agentes , además de que los agentes y principales han incorporado los periodos en prisión como parte del oficio.

Dilema 2: divergencia de las preferencias

Dado que las redes criminales de Bello han recorrido un largo camino para llegar al grado de desarrollo y robustez estructural que ostentan en la actualidad, sus preferencias, así como sus repertorios, se han sofisticado. Los principales tienen incorporado dentro de su función de producción mafiosa el orden público, por ello no ven con buenos ojos que en sus territorios la población esté sometida a la sensación de inseguridad que propicia el hurto indiscriminado. Las redes de los "Pachelly", el "Mesa" y "Camacol" son especialmente celosas del orden público en los territorios bajo su monopolio. Como consecuencia, las redes principales prefieren que no existan hurtos ni homicidios que no cuenten con su beneplácito, mientras que las redes agentes, que tienen formas de actuar menos sofisticadas que las principales, aceptan a regañadientes no cometerlos, pero en contraprestación exigen cobros extorsivos semanales a todas las actividades económicas, cobros que se extienden a las viviendas en las comunas de menor tejido económico. No ocurre lo mismo con la red de "Los Chatas", que como ya se dijo, es la más sofisticada de las redes analizadas, por lo que, en sus territorios de influencia, se presenta un *tradeoff* entre sofisticación de repertorios y seguridad ciudadana, es decir, entre más poderosa y rica se hace la red criminal de "Los Chatas", menos se preocupa por el orden público.

Ahora bien, este interés por el orden público por parte de las redes principales, que puede deberse a la herencia paramilitar que absolutamente

todas comportan, genera una cierta sinergia con los intereses de la fuerza pública al identificar a la delincuencia común y a la insurgencia como actores no deseables en el territorio, de allí que algunos autores y analistas sobre el conflicto urbano denuncien una relación de aquiescencia proveniente de la fuerza pública con las redes criminales de Bello.

Las preferencias divergentes entre principal-agente terminan siendo gestionadas de manera diferente en cada territorialidad. En los territorios de mayor tejido económico, las redes agentes difícilmente recurren al cobro extorsivo en las viviendas, mientras que cuando el tejido económico es muy pobre, las redes agentes tienden a extorsionar a la población de forma menos discriminada. Mientras tanto, las redes principales tendrán que generar mayores esfuerzos en términos de diplomacia y fuerza para disuadir a sus propios agentes y a otros principales de competir por las rentas de las territorialidades más ricas. A su vez, como lo describe Shapiro (2013, p. 31), los líderes de las redes principales, ante la divergencia de preferencias, protegen sus intereses implementando formas de monitorear y castigar a sus agentes cuando sus comportamientos son contrarios a sus objetivos económicos. De esa relación antagónica se deriva nuestro tercer dilema.

Dilema 3: seguridad vs. control

Como se dijo en el primer dilema, la red principal mejora sus condiciones de seguridad debido a una menor exposición al riesgo que resulta tras la delegación, sin embargo, para evitar que los intereses contrapuestos del agente afecten excesivamente sus intereses, la red principal debe generar mecanismos de control sobre el agente. Dichos controles a menudo causan problemas de seguridad para los principales; así lo contrastaron, para el caso de las Farc, Castillo y Balbinotto (2012), igualmente lo hizo Shapiro (2013) a lo largo de su análisis sobre los repertorios de las organizaciones terroristas.

En lo que concierne a la comercialización de las sustancias de uso ilícito, para el agente no es indiferente quién las provee, pues sus utilidades en este mercado dependen del volumen de sus ventas y de los costos de la comercialización de estas. En un entorno de monopolio, la primera variable depende de la gestión que el propio agente haga en su territorio, dado que no tiene competidores. Mientras que la segunda variable dependerá de las condiciones que genere el principal. Una mayor acción coercitiva del Estado implica un mayor costo de comercialización, por lo que a mejores redes de corrupción que logre proveer el principal mayores serán los beneficios para el agente.

Por su parte, el principal debe establecer mecanismos de control para detectar posibles agujeros en las barreras que ha creado para evitar la entrada de competidores al mercado que monopoliza, teniendo como principal amenaza a sus propios agentes, que motivados por intereses egoístas introduzcan mercancías de otros principales, o construyan alianzas que sean contrarias a los intereses del principal. Este problema de agencia está relativamente bien resuelto por todas las redes principales analizadas, dado que eligen agentes con arraigo en su territorio y utilizan métodos especialmente cruentos para disciplinar y castigar a los agentes que osen actuar en contra de los intereses de los principales ("Suben a 16 los cadáveres hallados entre bolsas en Bello, Antioquia", 2020).

De la reflexión sobre qué tan riesgoso es para los principales monitorear y castigar a sus agentes, surge una importante conclusión: no son muy efectivas las políticas que incentiven la deserción y la delación de las redes criminales del municipio de Bello. Obsérvese que una característica fundamental del agente es la pertenencia al territorio, de allí se deriva su profundo conocimiento y la gestión del mismo, mientras que el principal garantiza el monopolio territorial. Dado lo anterior, cualquier agente que no esté dispuesto a dejarse disciplinar por el principal, o que trate de traicionarlo, pondrá automáticamente en riesgo a su propia familia. Es decir, uno de los mecanismos más efectivos para mitigar los problemas de agencia es elegir un agente que provenga del territorio que monopoliza el principal, pues así se elevan infinitamente los costos de la desobediencia o de la traición para el agente. El esquema es muy parecido al que describe Shapiro (2013, p. 55) respecto al Hamas en Palestina.

Ahora bien, para saber dónde se generan las vulnerabilidades inherentes al ejercicio del control por parte de los principales, es importante definir qué les interesa controlar de sus agentes. Como no se dispone de ese tipo de información para cada una de las redes delincuenciales, suponiendo el comportamiento racional del principal, se tratará de deducir sobre qué actividades del agente se deben establecer controles especiales por parte del principal. En la descripción de las redes criminales propuesta en este análisis se concluyó que los mercados más importantes para la extracción de las rentas criminales son la comercialización de las sustancias de uso ilícito y la extorsión de cuantías superiores.

El tráfico de estupefacientes está tipificado como una conducta punible en el capítulo segundo del título XIII del Código Penal colombiano (ley 599 de 2000). A los ojos del legislador, esta conducta atenta contra la salud

pública, la cual es considerada bien jurídico sujeto de tutela por parte de las autoridades del Estado. Aunque es innegable la participación de los altos jerarcas de las redes criminales en el mercado de las drogas de uso ilícito, sorprendentemente no existen condenas aplicadas a los lideres de las redes analizadas por delitos relacionados contra dicho bien jurídico.

Uno de los resultados socialmente menos deseables que prevé la teoría de la agencia es la "selección adversa" (Akerlof, 1970), cuya aplicabilidad se puede incorporar para observar la acción policial para el control de las sustancias de uso ilícito. El agente de policía del cuadrante debe generar resultados operativos tasados en capturas y el decomiso de sustancias prohibidas por la ley, siendo esta la única variable observada por el Estado, para quien es imposible saber la cantidad de esfuerzo que el policía invierte en este propósito. De dicho esfuerzo dependerá la importancia de los golpes que se proporcionen a la cadena productiva de este mercado ilícito. Capturar consumidores exigirá menores esfuerzos institucionales que capturar grandes capos o miembros de la red de expendio. Al mismo tiempo, el policía no recibe incentivos económicos adicionales por lograr mayores o mejores resultados, de allí que, en su labor, no encuentre los estímulos adecuados para concentrar su accionar contra las redes de expendio, puesto que ello demandaría mayores esfuerzos por el mismo salario. Correlativa y muy probablemente, el policía que decidiera perseguir a los integrantes de las redes narcotraficantes tendría beneficios negativos, pues disminuiría su seguridad personal, dadas las estrategias de defensa de los delincuentes, y también disminuirían, hipotéticamente, sus ingresos, dadas las estrategias de corrupción de las redes criminales. De allí, que la acción policial en las calles se concentre "adversamente" contra los consumidores de sustancias ilícitas, dada la inexistencia de los "incentivos" adecuados para perseguir las redes criminales (Hart y Holmström, 1986).

De tal experiencia se puede deducir que las redes urbanas de distribución de drogas no han sido realmente objeto de focalización de la política pública, de allí que, dada la "selección adversa" comportada por la acción policial, el centro de los resultados operacionales esté del lado del consumo. Se puede arribar entonces a la conclusión preliminar de que si se estudia con mayor profundidad el mercado de las drogas ilícitas en el municipio de Bello, se podrán encontrar importantes vulnerabilidades de los líderes de las redes criminales, dada la especial importancia de dichas redes para las rentas de los principales.

En el caso de las extorsiones de mayor cuantía, es importante definir que las víctimas de este delito que atenta contra el patrimonio económico

son generalmente empresas con importantes patrimonios y que han incorporado en su estructura de costos la variable extorsiva, ante el inmenso poder de constreñimiento que logran desarrollar dichas redes. Para que un cobro extorsivo se materialice se requieren al menos dos circunstancias, la primera es que la amenaza de daño sea creíble, y la segunda es que la víctima tenga expectativas pesimistas de que las instituciones del Estado tutelen el bien jurídico amenazado y sometan a los autores y participes[3] de la conducta punible a las sanciones previstas en la ley penal. El cumplimiento de esas dos condiciones, por lo general, conduce a que la víctima no denuncie ante las autoridades y acceda a desembolsar el pago extorsivo, quedando tal injusticia bajo las sombras de la impunidad. ¿Dónde se puede hallar en este tipo de conducta las vulnerabilidades del principal? Tal vez se podría explorar en sectores específicos de la economía, por ejemplo, el comercio y la construcción. Igualmente, las autoridades deberían indagar en los mecanismos de presión utilizados por las redes delincuenciales para obligar a los pagos.

Recientemente, fueron documentados, por los medios de comunicación locales, hurtos simultáneos a diferentes establecimientos comerciales de una misma agencia de apuestas en el municipio de Bello ("Investigan el atraco a siete puntos de Gana en Bello", 2021). Aunque el hurto como modalidad delictiva es un delito autónomo, como medio de presión es muy parecido a la colocación de pequeñas cargas explosivas que durante los años noventa del siglo pasado aplicaron los subversivos contra la misma industria de las apuestas para presionar cobros extorsivos ("Dinamitan trece agencias de chance en Valle de Aburrá", 2000). Lo que si tienen en común estos dos comportamientos delictivos es que las redes ilegales tuvieron que demostrar su capacidad de hacer daño para hacer creíble su amenaza sobre las víctimas, y de allí que salgan de la clandestinidad cometiendo otros delitos que ponen en evidencia no solo su objetivo, sino también a sus operativos.

Así pues, se puede alcanzar otra conclusión preliminar en torno a las vulnerabilidades que eventualmente se podrían explotar contra las redes criminales analizadas. Si se socava la credibilidad sobre la capacidad que para hacer daño tienen las redes criminales, estas tendrán que obligarse a demostrar dicha capacidad delictiva, y por esa vía pondrán en evidencia sus objetivos extorsivos, develando información relevante para que las agencias

3 Para profundizar en el tema de autoría y participación desde la perspectiva del derecho penal, se recomienda revisar a Roxin (2016).

del Estado encargadas de tutelar los bienes jurídicos de la comunidad logren su cometido.

Dilema 4: violencia vs. diplomacia

Lo que en el análisis de Shapiro (2013), para las organizaciones terroristas, se describe como "la incertidumbre en el ambiente operacional" (p. 129), se puede traducir para las redes criminales de Bello como las amenazas que provienen de factores externos. Para gestionar dichas amenazas, las redes principales deben resolver dos dilemas diferentes. El primero es violencia vs. diplomacia cuando el factor externo con el que interactúa es otro principal; el segundo, y que se tratará más adelante como el quinto dilema, es defensa vs. corrupción cuando de afrontar la acción coercitiva del Estado se trata.

Como se describió en la evolución de las redes criminales de Bello, durante la fase paramilitar de principios del siglo XXI las redes delincuenciales establecieron una serie de acuerdos entre los que destacaron la delimitación territorial de cada red principal, y un pacto general de no agresión entre las redes principales, el cual contempla una cláusula especial de neutralidad, para que cuando eventualmente estalle un conflicto intra o interredes las partes no interesadas se mantengan al margen de dicho conflicto. Estos acuerdos se pueden denominar la vía diplomática para tratar de resolver posibles conflictos entre principales. Ahora bien, los principales deben decidir, siempre que la situación lo requiera, si utilizar la violencia, la diplomacia o una combinación de ambas para disuadir la ocurrencia de hostilidades y solucionar los conflictos que surjan con otras redes principales.

Para nuestro análisis, se parte del presupuesto de que la diplomacia es siempre menos costosa que la violencia. Iniciar una interacción violenta con otra red implica convertirse en el objetivo del accionar violento de la contraparte, obligándose así a aumentar las ya costosas medidas de seguridad de la red en general. Ahora bien, no hacer uso de la violencia tampoco sería una estrategia óptima para las redes principales, pues si excluyeran los repertorios violentos y la amenaza del uso de la violencia, no podrían mantener el monopolio territorial ni la fidelidad de sus agentes, ni lograrían disuadir a otros principales de abstenerse de competir por su territorio. Sin embargo, el actuar violento trae consigo la violación de otros tipos penales no habituales, con lo que se desencadena que las agencias que conforman el poder punitivo del Estado focalicen su persecución sobre las redes que desatan mayor violencia de la habitual.

En efecto, durante la última ola de violencia ocurrida en Bello, las autoridades policiales actualizaron la información sobre todas las redes criminales del municipio y lanzaron campañas de captura sobre sus principales líderes, con especial énfasis en los cabecillas de las redes de "Los Mesa" y "Pachelly", que fueron los protagonistas de tal pico de violencia. Algunos de los resultados de la interacción violenta entre ambas redes fueron la captura y el asesinato de sus principales cabecillas a manos de las autoridades y de sus rivales, respectivamente. De esta experiencia se pueden constatar algunas de las conclusiones propuestas por Shapiro y que podrían ser muy útiles para los creadores de la política pública de seguridad. Si se estimula el aumento de las "condiciones de incertidumbre operacional" para las estructuras criminales, disminuyendo, por ejemplo, las oportunidades de comunicación entre las redes criminales y presionando la desactivación de los mecanismos de diplomacia entre ellas, se obligaría a los principales a incrementar los controles sobre sus agentes, se les elevarían los costos de seguridad y se les obligaría a relajar sus medidas de seguridad. En esencia, desactivar los mecanismos diplomáticos de los criminales los hace más vulnerables y mejora las probabilidades de éxito de la política pública contra la delincuencia.

Dilema 5: defensa vs, corrupción

> *Ha dicho la Sala, en hipótesis como la que hoy nos convoca, que el contenido de la conducta está determinado por el aporte del político a la causa paramilitar, como aparato organizado de poder, en donde coloca la función pública a su servicio; contribución que constituye una disfunción institucional que denota mayor lesividad e incrementa el riesgo contra la seguridad pública, al potenciar la acción del grupo ilegal*
>
> (República de Colombia, 2011, p. 162)

Dado que las organizaciones criminales bajo examen comportan una doble condición inherente a su actividad, que consiste en el monopolio territorial y la persecución estatal, las redes criminales asentadas en el municipio de Bello se ven obligadas a la interacción estratégica con la política pública de seguridad que apuesta por su desmantelamiento. La corrupción de los funcionarios tiene como propósito general neutralizar las iniciativas de la política pública contra los intereses de las organizaciones criminales. El dilema de los conductores de las redes criminales es, entonces, encontrar

la proporción adecuada entre defensa y corrupción. La creación de redes de corrupción por parte de la delincuencia organizada no es un mito urbano. Martin (2014, p. 547) reflexionó sobre los alcances que puede llegar a tener este tipo de estrategias de la criminalidad a propósito de un gran caso de corrupción al interior de la Fiscalía General de la Nación en Medellín, cuando se conoció que la propia cúpula de la dirección seccional del principal órgano de poder punitivo del Estado estaba al servicio de las organizaciones mafiosas de la ciudad.

Las redes de corrupción pasan por el policía del cuadrante y pueden llegar hasta los altos niveles de jerarquía de la misma institución, pero no se detienen allí. Funcionarios, políticos, alcaldes, empresarios y congresistas del municipio de Bello se han visto envueltos en sendos procesos judiciales, como ya se relacionó en el acápite correspondiente a la evolución de las redes delincuenciales analizadas. Por fortuna, como solo una fracción de la sociedad y el Establecimiento están dispuestas a cooperar con los ilegales, estos últimos deben desarrollar también estrategias de defensa como el secreto, la clandestinidad, la compartimentación de la información, la creación de redes de inteligencia e información, la compra de predios para la operación de casas de seguridad, la restricción de sus comunicaciones con la red y con sus propias familias y la cuidadosa selección del personal que aboga por la seguridad de sus líderes, entre otras estrategias de defensa. Es decir, como en el dilema anterior, a los criminales les resulta más costoso crear redes de defensa que redes de corrupción, y por ello tendrán mayor interés en crear las últimas.

Así como son innegables los éxitos de las autoridades contra los dirigentes de estas organizaciones delincuenciales, también lo es el hecho de que estas estructuras mafiosas están diseñadas para absorber con relativa facilidad este tipo de golpes. Por ejemplo, la captura de alias “El Montañero” en el 2019 no impidió que la red de “Los Mesa”, que él dirigía (“Capturado alias ‘El Montañero’, principal jefe criminal de Bello”, 2020), le ganara la guerra a la red de “Pachelly” un año después de su encarcelamiento. Sin dudarlo, una línea de acción de la política pública de seguridad que haría especialmente vulnerables a los criminales de Bello sería identificar y disuadir las relaciones con elementos corruptos del Estado.

Conclusiones

A lo largo de las cuatro décadas anteriores, la criminalidad organizada del municipio de Bello ha pasado por una serie de transformaciones exitosas que le han permitido adaptar, especializar y sofisticar tanto su estructura como sus repertorios criminales para monopolizar el territorio y extraer cuantiosas rentas criminales, mientras evade la acción coercitiva del Estado.

Mediante la utilización de las herramientas analíticas de la teoría de la agencia se lograron establecer y describir los dilemas que tienen que sortear los principales de las redes criminales para garantizar el cumplimiento de sus objetivos económicos a lo largo del tiempo. A partir de los dilemas de la delegación, la diversidad de las preferencias y el control, se concluyó que las estrategias de tipo punitivista no son las más acertadas para combatir este tipo de redes, dado que, por la aplicación de mecanismos de "señalización" cuando se reclutan los agentes, los principales tienen garantías creíbles de que sus agentes difícilmente traicionarán a sus líderes, además, como los primeros provienen de los territorios monopolizados por los segundos, desalinear sus preferencias de las de los principales generaría castigos especialmente cruentos contra ellos y sus seres queridos, por lo que los miembros de estas estructuras criminales han incorporado los periodos en prisión como parte de su oficio.

De los dilemas que emanan de la protección de la red y sus dirigentes, es decir, el uso de la fuerza o la defensa, versus la diplomacia y la corrupción, se encontró que cuando las redes se ven obligadas a prescindir de los mecanismos no violentos se genera una retroalimentación negativa entre las propias redes criminales, a la vez que experimentan mayores costos operativos y se ven obligadas a infringir otros tipos penales que las hacen más visibles y vulnerables a la persecución de las agencias del Estado. Finalmente, del análisis especifico de los dilemas que generan la operación de los dos mercados más estratégicos para las redes criminales de Bello, se logró identificar que el éxito de los mercados extorsivos dependen del *tradeoff* entre las expectativas de las víctimas sobre la credibilidad de la amenaza criminal y la capacidad tutelar del Estado sobre los bienes jurídicos de la comunidad; mientras que en el mercado de las sustancias de uso ilícito se hizo evidente que la acción estatal se ha visto afectada por un mecanismo de "selección adversa" que la ha conducido a centrarse en el lado del consumo por la facilidad que este componente ofrece para mostrar resultados, mientras que el

componente estratégico para los principales de las estructuras criminales, que son las redes de distribución, no ha sufrido importantes reveces. Queda pues el reto para los creadores de la política pública de seguridad de ampliar el análisis sobre los dilemas y las vulnerabilidades de las estructuras mafiosas con la información privilegiada que seguramente poseen las diferentes agencias del Estado, para que construyan y gestionen los ejes de la política y las líneas de acción que exploten estas y, muy seguramente, otras vulnerabilidades comportadas por las redes criminales de Bello.

Referencias

Akerlof, G. (1970). The market for "Lemons": Quality uncertainty and the market mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, *84*(3), 488-500.

Alonso, M., Giraldo, J. y Sierra, D. (2007). Medellín: el complejo camino de la competencia armada. En M. Romero (Ed.), *Parapolítica: la ruta de la expansión paramilitar y los acuerdos políticos* (pp. 109-164). Corporación Nuevo Arco Iris.

Alonso, M. y Valencia, G. (2008). Balance del proceso de Desmovilización, Desarme y Reinserción (DDR) de los bloques Cacique Nutibara y Héroes de Granada en la ciudad de Medellín. *Estudios Políticos*, (33) 11-34.

Arrow, K. J. (1985). The economics of agency. En J. Pratt y R. Zeckhauser (Eds.), *Principals and agents: The structure of business* (pp. 37-51). Harvard Business School Press.

Ávila, M. (2014). Gestión de la seguridad en Bogotá. En L. Arévalo (Ed.), *Violencia urbana: radiografía de una región* (pp. 23-64). Aguilar.

Becker, G. (1968). Crime and punishment: An economic approach. *Journal of Political Economy*, *76*(2) 169-217.

Bello inició plan para resocializar 12 bandas (8 de febrero de 2005). *El Colombiano*.

Blattman, C., Duncan, G., Lessing, B., Tobón, S. y Mesa-Mejía, J. P. (2020). *Gobierno criminal en Medellín: panorama general del fenómeno y evidencia empírica sobre cómo enfrentarlo*. https://www.eafit.edu.co/escuelas/economiayfinanzas/cief/Documents/gobierno-criminal-medellin.pdf.

Capturado alias "El Montañero", principal jefe criminal de Bello (26 de octubre de 2020). *El Colombiano*. https://www.elcolombiano.com/antioquia/seguridad/capturado-alias-el-montanero-cabecilla-de-la-organizacion-criminal-el-mesa-de-bello-KM11843900.

Castillo, M. y Balbinotto, G. (2012). Las FARC y los costos del secuestro. *Revista de Economía Institucional*, *14*(27) 147-164.

Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). (2019). Resultados Censo Nacional de Población y Vivienda 2018 Valle de Aburrá. https://cutt.ly/gjOA3Dm.

Dickie, J. (2015). *Historia de la mafia: Cosa Nostra, "Ndrangheta", Camorra. De 1860 al presente*. Debate.

Dinamitan trece agencias de chance en Valle de Aburrá (5 de septiembre de 2000). *El Tiempo*. https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1278558.

El hombre que creó el bloque Metro y lo exterminó (2009). *Verdad Abierta*. https://verdadabierta.com/sotelo-acabo-con-el-frente-que-creo/.

El Mesa, grupo criminal de Bello, tenía título para explotar coltán en Vichada (31 de agosto de 2020). *El Espectador*. https://www.elespectador.com/judicial/el-mesa-grupo-criminal-de-bello-tenia-titulo-para-explotar-coltan-en-vichada-article/.

Galdos, G. (2014). Vírgenes a la venta en Colombia en el "burdel más grande del mundo". *Channel 4*.

Giraldo, J. (Ed.). (2011). *Economía criminal en Antioquia: narcotráfico*. Universidad Eafit; Fundación Proantioquia; Empresa de Seguridad Urbana.

Giraldo, J. y Fortou, J. (2014). Seguridad y violencia homicida en Medellín 2003-2012. En A. Ávila , *Violencia urbana: radiografía de una región* (pp. 65-110). Aguilar.

Hart, O. y Holmström, B. (1986). *The theory of contracts: Advances in economic theory.* Cambridge University Press.

Huevos y arepas, negocio de los combos (28 de agosto de 2011). *El Colombiano*. https://www.elcolombiano.com/historico/huevos_y_arepas_negocio_de_los_combos-IAEC_147429.

Hylton, F. (2007). Medellín's makeover. *New Left Review*, (44) 66-85.

Investigan el atraco a siete puntos de Gana en Bello (24 de septiembre de 2021). *El Colombiano*. https://www.elcolombiano.com/antioquia/puntos-de-gana-en-bello-fueron-robados-de-forma-masiva-PG15758227.

Jaramillo, J. D. (4 de marzo de 2013). Fronteras invisibles: miedo y movilidad en Medellín. *Razón Pública*. https://razonpublica.com/fronteras-invisibles-miedo-y-movilidad-en-medellin/.

Jensen, M., y Meckling, W. (1976). Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. *Journal of Financial Economics*, *3*(4), 305-360.

Kant, I. (2012). *La metafísica de las costumbres* (Trad. A. Cortina y J. Conill). Tecnos.

Mankiw, G. (1998). *Principios de economía*. McGraw-Hill.

Martin, G. (2014). *Medellín tragedia y resurrección: mafia, ciudad y estado, 1975-2013*. La Carreta Editores.

Martínez, Y. y Uribe, C. (2013). *Betsabé Espinal, la natural: itinerario de una lucha. Bello, Colombia, 1920*. Fondo Editorial Quitasol.

Matta, N. (1 de septiembre de 2014). La mafia del ladrillo azota a las construcciones de Bello. *El Colombiano*. https://www.elcolombiano.

com/historico/la_mafia_del_ladrillo_azota_a_las_construcciones_de_bello-EGEC_309148.

"Me hicieron firmar confesión falsa": periodista amenazado en Bello (13 de noviembre de 2014). *El Tiempo*. https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-14827356.

Monroy, J. C. (26 de agosto de 2011). DAS golpea al combo de "Pachelly" con 14 capturas. *El Colombiano*. https://www.elcolombiano.com/historico/das_golpea_al_combo_de_pachelly_con_14_capturas-GAEC_147199.

Montenegro, S. (1982). La industria textil en Colombia: 1900-1945. *Desarrollo y Sociedad*, (8) 117-176.

Ospina, G. y Ospina E. (2021). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Temis.

Por coronavirus cayó el capo "Albert", jefe de los "Pachelly" . (11 de agosto de 2020). *El Tiempo*. https://www.eltiempo.com/justicia/conflicto-y-narcotrafico/covid-19-logran-captura-de-albert-jefe-de-los-pachelly-al-estar-contagiado-con-coronavirus-527992.

República de Colombia (10 de marzo de 2011). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de Única Instancia contra Ciro Ramírez Pinzón. Radicado 26948. http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/ciro.html.

Ross, S. (1973). The economic theory of agency: The principal's problem. *The American Economic Review*, *63*(2) 134-139.

Roxin, C. (2006). *Derecho penal: parte general*. Civitas.

Roxin, C. (2013). El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf.

Roxin, C. (2016). *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal.* Marcial Pons.

Shapiro, J. (2013). *The terrorist's dilemma: Managing violent covert organizations*. Princeton University Press.

Shavell, S. (1979). On moral hazard and insurance. *The Quarterly Journal of Economics*, *93*(4), 541-562. https://doi.org/10.2307/1884469.

Spence, M. (1974). *Market signaling*. Harvard University Press.

Suben a 16 los cadáveres hallados entre bolsas en Bello, Antioquia (12 de mayo de 2020). *La Nueva Prensa*. https://www.lanuevaprensa.com.co/uribe-el-asesino-que-nos-puso-la-mafia-2/suben-a-16-los-cadaveres-hallados-entre-bolsas-en-bello-antioquia.

Tobón, D. y Valencia, G. (Eds.). (2016). *Economía, rentas criminales y políticas públicas en Medellín.* Universidad de Antioquia; Secretaría de

Seguridad Alcaldía de Medellín; Centro de Investigaciones y Consultorías; Grupo de Microeconomía Aplicada.

Vásquez, J. (2021). 10 bandas criminales se disputan el territorio en Bello: Policía. *Noticias Telemedellín*. https://telemedellin.tv/10-bandas-criminales-se-disputan-el-territorio-en-bello-policia/427494/#:~:text=Varias%20de%20ellas%20con%20unos,lucha%20constante%20en%20su%20contra.

Varian, H. (2010). *Microeconomía intermedia*. Antoni Bosch; Alfaomega.

Revista *Ratio Juris* Vol. 18 N.º 36, 2023, DOI: 10.24142/raju, pp. 379-398 © UNAULA

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

LA ESENCIA DE LAS RELACIONES PÚBLICAS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO MODERNO

THE ESSENCE OF PUBLIC RELATIONS IN MODERN ADMINISTRATIVE LAW

A ESSÊNCIA DAS RELAÇÕES PÚBLICAS NO DIREITO ADMINISTRATIVO MODERNO

YEVHEN LEHEZA*
OLHA MASHCHENKO**
PAVLO POKATAIEV***

Recibido: 27 de noviembre de 2022 - Aceptado: 13 de marzo de 2023 -
Publicado: 23 de mayo de 2023
DOI: 10.24142/raju.v18n36a16

Resumen

Las relaciones públicas/sociales determinan la naturaleza de la sociedad, los grupos etnonacionales y las comunidades de personas, un in-

* Profesor, Doctor of Science in law, Professor at the Department of Public and Private Law, University of Customs and Finance, Dnipro, Ukraine. Google Scholar: https://scholar.google.com.ua/citations?user=lkOZEFkAAAAJ&hl=en, ORCID: https://orcid.org/0000-0001-9134-8499, correo electrónico: yevhenleheza@gmail.com

** Doctor of Law, Professor, The first vice-rector, Classical Private University, Ukraine. Google Scholar: https://scholar.google.com/citations?user=ptBWY3QAAAAJ&hl=uk, ORCID: http://orcid.org/0000-0003-3897-6845, correo electrónico: pokataeva.olga1978@gmail.com

*** Doctor of Law, Professor, The first vice-rector, Classical Private University, Ukraine. Google Scholar: https://scholar.google.com.ua/citations?user=O2YdYIMAAAAJ&hl=ru, ORCID: http://orcid.org/0000-0003-3806-2197, correo electrónico: pokataeva.olga1978@gmail.com

dividuo, determinan su lugar en el espacio político y legal, garantizan derechos y libertades. El espacio de comunicación forma y asegura la realización de las capacidades de la persona, asegurando sus derechos y libertades, satisfaciendo sus necesidades, realizando sus aspiraciones y esperanzas, traduciendo los ideales en la práctica de la vida cotidiana. Al mismo tiempo, se asignan tareas especiales a la ciencia jurídica como medio y mecanismo para la regulación de las relaciones público/sociales, la socialización jurídica del ser humano, la garantía de sus derechos y libertades y, lo más importante, su formación como persona, ciudadano del país, como representante de pleno derecho de la sociedad civil. En la literatura científica los términos "público" y "social" se utilizan tanto para referirse a los mismos fenómenos, eventos y procesos (falta de identificación) como a varios fenómenos sociales. En otros casos, lo social se identifica con lo público. Como regla, esto ocurre en dos casos: en el caso de comprender la totalidad de los fenómenos y procesos que existen en una sociedad particular, así como en los casos de énfasis en las diferencias que distinguen los fenómenos y procesos sociales de los naturales, técnicos, tecnológico e informativo. Este enfoque, que puede definirse como amplio, entiende las relaciones sociales como fenómenos y procesos económicos, políticos e ideológicos, mientras que las relaciones públicas se determinan como sociales.

Palabras clave: justicia administrativa, proceso administrativo, derechos humanos, ciencias jurídicas, acceso a la justicia administrativa, poder judicial, reforma judicial, Estado de derecho.

Abstract

Public/social relations determine the nature of society, ethno-national groups and communities of people, an individual, determine his/her place in the political and legal space, guarantee rights and freedoms. The space of communication forms and ensures the realization of a person's capabilities, ensuring his/her rights and freedoms, satisfying his/her needs, fulfilling his/her aspirations and hopes, translating ideals into the practice of everyday life. At the same time, special tasks are assigned to legal science as a means and mechanism for regulating public/social relations, legal socialization of a human, ensuring

his/her rights and freedoms and, most importantly, his/her formation as a person, a citizen of the country, as a full-fledged representative of civil society. In the scientific literature, the terms "public" and "social" are used both to refer to the same phenomena, events and processes (lack of identification), and various social phenomena. In other cases, the social is identified with the public. As a rule, this takes place in two cases: in the case of comprehending the entirety of phenomena and processes that exist in a particular society, as well as in cases of emphasis on the differences that distinguish social phenomena and processes from natural, technical, technological and informational. This approach, which can be defined as a broad one, understands social relations as economic, political, and ideological phenomena and processes, while public relations are determined as social ones.

Key words: administrative justice, administrative process, human rights, legal sciences, access to administrative justice, judiciary, judicial reform, rule of Law.

Resumo

As relações públicas/sociais determinam a natureza da sociedade, grupos étnico-nacionais e comunidades de pessoas, um indivíduo, determinam seu lugar no espaço político e jurídico, garantem direitos e liberdades. O espaço de comunicação forma e garante a realização das capacidades de uma pessoa, garantindo seus direitos e liberdades, satisfazendo suas necessidades, realizando suas aspirações e esperanças, traduzindo ideais na prática da vida cotidiana. Ao mesmo tempo, tarefas especiais são atribuídas à ciência jurídica como meio e mecanismo de regulação das relações público/sociais, socialização jurídica do ser humano, garantia de seus direitos e liberdades e, principalmente, sua formação como pessoa, um cidadão do país, como representante de pleno direito da sociedade civil. Na literatura científica, os termos "público" e "social" são usados tanto para se referir aos mesmos fenômenos, eventos e processos (falta de identificação), quanto a diversos fenômenos sociais. Em outros casos, o social é identificado com o público. Via de regra, isso ocorre em dois casos: no caso da compreensão da totalidade dos fenômenos e processos exis-

tentes em uma determinada sociedade, bem como nos casos de ênfase nas diferenças que distinguem os fenômenos e processos sociais dos naturais, técnicos, tecnológico e informacional. Essa abordagem, que pode ser definida como ampla, entende as relações sociais como fenômenos e processos econômicos, políticos e ideológicos, enquanto as relações públicas são determinadas como sociais.

Palavras-chave: justiça administrativa, processo administrativo, direitos humanos, ciências jurídicas, acesso à justiça administrativa, judiciário, reforma judicial, Estado de Direito.

El término "relaciones públicas" en la literatura científica, en particular en la literatura filosófica, se define como "diversas conexiones que surgen entre los sujetos de la interacción social y caracterizan a una sociedad o comunidad a la que pertenecen esos sujetos como una integridad" (Andrushchenko, 2006; Zaporozhchenko *et al.*, 2023).

Por lo general, se cree que este concepto, desarrollado principalmente por representantes de la tradición intelectual marxista, está asociado a los problemas de objetivación-desobjetivación social, exclusión social, fetichismo social, producción social, base y superestructura, clases sociales y antagonismos sociales (Andrushchenko, 2006).

Las relaciones públicas son diversas y se pueden clasificar según sus objetos, sujetos y la naturaleza de la relación entre ellos. Así, la base subjetiva para la identificación de las relaciones públicas son las comunidades sociales de personas, y la base objetiva es la propiedad de los medios de producción (Zaporozhchenko *et al.*, 2023).

Se sabe que el surgimiento y desarrollo de la sociedad humana se considera una forma social del movimiento de la materia, en contraste con lo mecánico, físico, químico y biológico, por lo tanto, las relaciones y los procesos sociales se comprenden, ante todo, como todas las relaciones y los procesos, la vida pública en su conjunto . En este sentido, los clásicos de la tradición intelectual marxista definieron los fenómenos públicos como sociales, señalando sus diferencias con los fenómenos naturales. Por otro lado, también destacaron clara y unívocamente la "personalidad" de las relaciones sociales que se desarrollan entre personas de diferentes formaciones (Zaporozhchenko *et al.*, 2023).

Revisión de literatura

Las relaciones públicas, como se sabe, se dividieron en dos grupos: materiales e ideológicas. Las relaciones económicas, como conexiones diferentes por naturaleza entre las personas en el proceso de producción, intercambio, distribución y consumo se desarrollaron "independientemente" de la voluntad y conciencia de una persona, y representaron la base definitoria de las relaciones públicas (Zaporozhchenko *et al.*, 2023).

Las variedades de relaciones públicas que estaban predeterminadas por las condiciones materiales incluían relaciones de clase y nacionales, así como relaciones cotidianas, relaciones familiares, entre otras, que tenían su propio objeto, relativamente independiente, que se estudiaba: interclasistas,

sobre una forma de propiedad diferente; interétnicas, sobre la comunidad de vida económica, territorio, idioma, cultura; cotidianas, sobre los lazos en la esfera no productiva, relaciones familiares, matrimoniales, lazos familiares, etc. Al mismo tiempo, los asuntos políticos se consideraban el nivel más alto de desarrollo de las relaciones públicas (Zaporozhchenko *et al.*, 2023).

La política, como ya se mencionó, se veía como una expresión concentrada de la economía, su generalización y culminación. Las relaciones políticas surgen, existen y se desarrollan como cuestiones de toma, retención y uso del poder estatal en interés de la realización de los intereses económicos y sociales de la clase dominante. Al mismo tiempo, uno de los signos más importantes de las relaciones políticas es su naturaleza conscientemente organizada, posible solo si existían organizaciones políticas de la clase dominante y la interacción de ciertas ideas políticas y organizaciones que expresaban los intereses de esta clase (Zaporozhchenko *et al.*, 2023). Se asignó un papel principal a la ideología socialista, cuyo dominio formaba la única cosmovisión correcta. El componente ideológico de las relaciones públicas suponía la introducción de la ideología socialista en la conciencia colectiva y la provisión de una educación apropiada (de clase), que se considera justamente como incitación a la enemistad y el odio de clase (Zaporozhchenko *et al.*, 2023).

Los medios de regulación social incluyen, ante todo, normas sociales: legales, morales, corporativas, costumbres, etc. Pero la norma nunca es el único medio para influir en el comportamiento de las personas, ya que también se incluyen las órdenes individuales, los mandatos autoritarios, las medidas de coerción física, mental y organizativa, por mencionar algunas (Marchenko *et al.*, 2022).

Basándonos en esto, la regulación legal puede definirse como un efecto intencional en el comportamiento de las personas y en las relaciones sociales mediante el uso de medios legales (jurídicos) (Romanchenko, 2013). Según dicha definición, es apropiado concluir que la regulación es solo una acción en la que se establecen metas lo suficientemente marcadas; por ejemplo, para regular el uso de la tierra, garantizar su preservación y mejorar la eficiencia de su uso, el órgano legislativo promulga una ley sobre el uso de la tierra. Y la acción de la legislación sobre la tierra, al ser la base para la legalización de las metas establecidas, puede considerarse regulación legal (Krasilovskaya, 2017).

Si la influencia de un acto legislativo o sus normas causa consecuencias que no están previstas por la legislación, y que, en algunas situaciones,

van en contra de los objetivos del legislador, entonces tal acción no puede considerarse una regulación legal. Por lo tanto, bajo la influencia de la legislación sobre la tierra, el precio de los terrenos, el número de transacciones especulativas de tierras realizadas con fines de lucro, así como el uso improductivo de los recursos de la tierra han aumentado. El impacto negativo de la ley sobre la tierra en las relaciones sociales no puede considerarse una regulación legal, ya que no fue parte de los objetivos del legislador, sino que tenía la intención de regular la vida de la sociedad y garantizar la naturaleza justa y razonable del uso de un valor como la tierra (Sidelnikov, 2017).

Resultados y discusión

Una acción realizada por medios no legales no puede considerarse una regulación legal. Por lo tanto, influir en la conciencia y el comportamiento de las personas a través de los medios de comunicación, la propaganda, la agitación, la educación ética y legal no puede considerarse una regulación legal como actividad organizativa legal especial. La influencia sobre las relaciones sociales y el comportamiento de las personas causada por medios y métodos legales especiales, a su vez, afecta los aspectos espirituales, éticos e ideológicos de estas. La ley no puede regular todas las relaciones sociales, todas las conexiones entre los miembros de la sociedad. Por lo tanto, en cada etapa histórica concreta del desarrollo social, se debe definir la esfera de regulación legal con un nivel suficiente de precisión (Petryshyn, 2002).

En condiciones de una esfera de regulación legal estrecha en la sociedad, existe una amenaza de arbitrariedad, caos e imprevisibilidad en aquellas áreas de las relaciones humanas que pueden y deben regularse mediante la ley. Y en casos de una expansión injustificada de la esfera de regulación legal, especialmente a expensas de la acción centralizada del Estado, se crean condiciones para el fortalecimiento de regímenes totalitarios, la regulación del comportamiento de las personas, lo que conduce a la pasividad social y la falta de iniciativa de los miembros de la sociedad.

La esfera de regulación legal debe incluir aquellas relaciones que tienen las siguientes características (Petryshyn, 2002): reflejo de los intereses individuales y sociales generales de los miembros de la sociedad; realización de intereses mutuos de sus participantes, cada uno de los cuales limita sus propios intereses para satisfacer los intereses de los demás; formación basada en acuerdos de implementación de ciertas reglas y reconocimiento de su obligatoriedad, y cumplimiento de reglas cuya obligatoriedad es res-

paldada por una fuerza legal efectiva. La naturaleza y el tipo de relaciones sociales, los componentes y el sujeto de la regulación legal determinan el grado de intensidad de la regulación legal, es decir, la amplitud de la acción legal, el grado de vinculación de las órdenes legales, las formas y los métodos de coerción legal, el grado de detalle de las órdenes, así como la intensidad de la acción legal sobre las relaciones sociales (Oliinyk, 2001).

A pesar de los diferentes enfoques en su definición, se ha formado una cierta comprensión de la esencia de la regulación legal en las fuentes literarias. El término "regulación" proviene de la palabra latina "regulo" (regla) y significa ordenar, ajustar, poner algo en línea con algo más (Oliinyk, 2001). Es decir, la regulación legal es una acción sobre las relaciones sociales con la ayuda de ciertos medios legales, incluyendo principalmente las normas legales. En las condiciones de formación de las bases de un Estado de derecho, el papel y la importancia de la regulación legal de las relaciones sociales adquieren una relevancia especial. Se trata de aquellas relaciones sociales que no pueden funcionar sin el uso de medios legales (económicos, políticos y socioculturales). Sin embargo, no todo en las relaciones sociales está regulado por la ley. Por ejemplo, en la esfera de las relaciones económicas: los procesos de producción; en la esfera de las relaciones políticas: el desarrollo de programas y estatutos de partidos, y en la esfera espiritual y cultural: las relaciones religiosas, por mencionar algunas (Kivalov, 2005).

La regulación legal presupone la normalización, consolidación y protección jurídica de las relaciones sociales mediante el uso de medios legales. La influencia reguladora de la ley sobre las relaciones sociales consiste en que la ley, en sus normas, construye un modelo de comportamiento obligatorio o permitido de diversos sujetos de estas relaciones.

La mayoría de los autores entienden la regulación legal como un conjunto de técnicas y medios de influencia legal sobre el comportamiento de los sujetos de las relaciones sociales. Según Sarnovska (2003), la regulación legal de las relaciones sociales se lleva a cabo precisamente a partir del momento de la publicación del respectivo acto normativo legal. Rabynovych (2001) sostiene un punto de vista algo diferente, según el cual el Estado de derecho comienza a regular el comportamiento de los sujetos no desde el momento en que se emite la norma legal, sino desde la aparición de los hechos legales previstos por esta norma.

El sujeto de la regulación legal consiste en las relaciones sociales y está determinado por algunos factores objetivos y subjetivos, que pueden incluir los siguientes:

- Desarrollo económico de la sociedad
- Estructura social de la sociedad
- Madurez y estabilidad de las relaciones sociales
- Cultura jurídica de los ciudadanos
- Certeza del sujeto, los medios y métodos de regulación legal (Kravchuk, 2002)

La mayoría de las obras científicas modernas están dedicadas a la regulación legal, y, por lo tanto, a sus esferas y límites como uno de los tipos de influencia legal. En este sentido, Melnyk señala que varios autores equiparan los conceptos de influencia y regulación legal, aunque los límites de estos conceptos no coinciden. Otros no tienen en cuenta las diferentes formas de regulación legal. De ahí la afirmación de algunos científicos de que la regulación legal comienza con la adopción de una norma legal y se limita a ella, y la opinión de otros de que comienza con la entrada en vigor de la norma o con la aparición de un hecho legal previsto por la norma correspondiente de la ley. Al mismo tiempo, la investigación sobre el tema de la esfera de influencia legal no solo tiene importancia teórica, sino también práctica, porque al definirla podemos responder a la pregunta sobre qué relaciones están sujetas a dicha influencia y establecer el límite de esta (Villasmil *et al.*, 2022).

La esfera de influencia legal, al igual que la de regulación legal, no puede permanecer constante. En este aspecto, Onishchenko y Bobrovnyk señalan que el cambio en el alcance de la regulación legal es un proceso complejo en el que coinciden tendencias opuestas (expansión y estrechamiento de la regulación legal) (Tylchyk *et al.*, 2021), y puede expandirse debido a la aparición de nuevas relaciones de la realidad social (antes no reguladas por la ley). El estrechamiento de esta esfera ocurre debido al rechazo de la sociedad de utilizar la ley y la sustitución de la regulación legal por otros medios de regulación social. Esta tendencia se debe a la naturaleza social de las normas legales y su interrelación con las normas de regulación social.

En este sentido, Orzih (citado en Leheza *et al.*, 2021) señala que

> el alcance de la influencia reguladora del derecho está limitado a las variantes establecidas normativamente del comportamiento de una persona en cada situación típica, [y] cuanto más amplio sea el rango

> de estas variantes, mayor será la libertad legalmente significativa de un individuo y más amplios serán los límites de la esfera de influencia regulatoria (p.).

Según Rabinovych, la esfera de regulación legal se puede definir como un espacio social realmente regulado por la ley, o uno que puede ser regulado por la ley. Pero dicho espacio social siempre está limitado (Halaburda et al., 2021).

En Ucrania, la esfera de influencia legal está en un movimiento constante y contradictorio de acuerdo con el ritmo de formación y mejora de la legislación. Sin embargo, muchas normas legales no encuentran una aplicación e implementación coherente. Al mismo tiempo, el conocimiento jurídico de los ciudadanos ucranianos sigue siendo bajo, y las actividades de los órganos estatales a menudo no cumplen con los estándares de un Estado de derecho. Desafortunadamente, los cambios importantes en la ley tienen una naturaleza caótica, por lo que permanecen desordenados y carecen de conexiones definidas por el sistema.

Así, las modificaciones en la esfera de influencia legal, al igual que en la esfera de regulación legal, dependen de un número significativo de factores, entre los cuales se pueden destacar los siguientes:

- Grado y asignación pública del derecho
- Cambios en el sistema legal en su conjunto
- Prioridad de intereses públicos e individuales
- Cambios progresivos en la sociedad asociados con la aparición de nuevas relaciones sociales
- Aumento o disminución del conocimiento y la cultura jurídica de la sociedad
- Cambios progresivos en la legislación vigente en el país, tanto en la dirección de la expansión como en la reducción del marco normativo
- Ampliación de los derechos y las libertades de los ciudadanos y creación de condiciones favorables para su ejercicio (Kobrusieva *et al.*, 2021)

Los problemas en la esfera de influencia legal están íntimamente relacionados con la necesidad de estudiar el tema de sus límites, ya que cual-

quier influencia o regulación no puede llevarse a cabo sin límites y de forma indefinida; si se cruza ese límite, esa influencia adquiere nuevas características y se convierte en otra sustancia. Así, Bobrovnyk enfatiza que los límites de la regulación legal constituyen una plenitud óptima de la mediación legal de las relaciones sociales, debido a la necesidad de la influencia estatal sobre las esferas de la vida social, que no se pueden regular de otra manera que no sea mediante la ley (Kolinko *et al.*, 2019).

Al analizar lo anterior, es necesario aclarar la esencia y el significado de la categoría "límite" con el fin de investigar la noción de los "límites de la influencia legal". Dado que existen varios tipos de definiciones en la ciencia se debe realizar un análisis científico del concepto de límites de la influencia legal y elegir el enfoque más óptimo. En el proceso de formular una definición debido a la diferencia de género y especie más cercana, se divide en dos conocimientos relativamente independientes: la definición del significado del propio concepto "límite" y el establecimiento de las características distintivas más significativas de los límites de la influencia legal de todos los demás subtipos de límites (Leheza *et al.*, 2022).

Cabe destacar que la palabra "límite" se utiliza para entidades (fenómenos) que se pueden imaginar en unidades claras o no claras, pero siempre específicas, con parámetros o características. Así, en el proceso de investigar el tema de los límites de la influencia legal consideramos las características limitantes de la acción de la ley y las posibilidades reales y potenciales de su influencia sobre las relaciones y los intereses sociales (Romanchenko, 2013).

Teniendo en cuenta lo anterior, en nuestra opinión, es posible distinguir dos enfoques principales para comprender los límites de la influencia legal: un enfoque objetivo relacionado con las condiciones existentes que no dependen de la voluntad de los sujetos sociales o del Estado, no pueden ser cambiadas a su voluntad y son capaces de limitar la influencia legal de cierta manera. Estas condiciones pueden incluir algunas regularidades del desarrollo social (por ejemplo, culturales, económicas, etc.) y leyes del desarrollo de la naturaleza; y un enfoque subjetivo que consiste en la propia cosmovisión, autoevaluación por parte de los sujetos sociales de sus capacidades y posibilidades legales. Así, es en el proceso de percepción, evaluación y representación propia que se revela el enfoque subjetivo para comprender los límites de la influencia normativa.

Cabe señalar que este enfoque para caracterizar los indicadores marginales de la influencia legal depende del nivel de conocimiento jurídico y la cultura jurídica de una sociedad en particular en una etapa determinada de

su desarrollo. Por lo tanto, el mecanismo de influencia legal en su conjunto dependerá de cómo se perciba la ley en su esencia.

Al igual que cualquier categoría teórica, los "límites de la influencia legal" no reciben un estudio teórico completo sin caracterizar sus principales características. Como señala Melnyk , los límites de la regulación legal están determinados por factores no legales. Estos se derivan de la propia naturaleza de las actividades humanas, se establecen por la cultura y la civilización, así como por el sistema existente de relaciones, circunstancias económicas, históricas, religiosas, nacionales y otras (Buha *et al.*, 2022).

Un lugar peculiar entre los factores subjetivos que influyen en la determinación de los límites de la influencia normativa lo ocupa la conciencia legal dominante en la sociedad y en el Estado, la cual está estrechamente relacionada con ciertas visiones filosóficas y de cosmovisión comunes de la sociedad y puede determinar los límites de influencia sobre el conocimiento jurídico de un sujeto social específico. Es el derecho el que actúa como un cierto nivel de libertad de la personalidad en la sociedad, determina los límites de dicha libertad y establece la responsabilidad por violar el límite respectivo.

Los factores de la naturaleza subjetiva que determinan los límites de la influencia legal también pueden incluir la propaganda del derecho, las intenciones del legislador, la motivación del derecho y las innovaciones jurídicas, siempre y cuando no realicen una regulación directa ni inicien relaciones normativas definidas, pero sí influyan en el subconsciente de los sujetos del derecho y, por lo tanto, determinen los límites posibles de su comportamiento (Bachun, 2010).

De manera similar a los factores objetivos, los factores subjetivos no son exhaustivos y pueden cambiar bajo la influencia de razones objetivas. Estos cambios se presentan como una reducción o, por el contrario, una ampliación de los posibles límites de influencia legal (Bezpalova *et al.*, 2022).

En el sistema legal europeo, basado en este principio , se han desarrollado los principios de buena gobernanza y los principios de buena administración. "Los principios de buena gobernanza son uno de los elementos más importantes del principio del Estado de derecho y están en conexión directa con los principios fundamentales de la administración pública" (Tylchyk *et al.*, 2021, p.). La dificultad para implementar los principios de buena gobernanza en Ucrania se debe no solo a los aspectos terminológicos y cognitivos, sino también a una serie de factores objetivamente existentes que obstaculizan este proceso: los altos niveles de corrupción, la resistencia a las

reformas democráticas, incluyendo la dirección administrativa y legal dentro del aparato de la administración pública, la obsolescencia de opiniones y enfoques de gestión, tanto entre los funcionarios públicos como entre los científicos e investigadores, y la actitud sesgada hacia los modelos propuestos de reformas» (Tylchyk y Leschynsky, 2021 S).

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es una guía importante para los enfoques modernos en la comprensión del Estado de derecho y sus elementos esenciales (Tylchyk *et al.*, 2021). La generalización de la práctica de interpretar el contenido y los elementos del principio del Estado de derecho se llevó a cabo en los trabajos científicos de Pukhtetska (2010), donde se determinó que

> como resultado de la sistematización de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que contienen disposiciones sobre el Estado de derecho, se pueden identificar los principales grupos de decisiones que especifican el contenido del Estado de derecho (dado que en un caso o decisión pueden encontrarse dos o más características, elementos esenciales del principio del Estado de derecho de acuerdo con su comprensión, formada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) (p.).

En particular, el estudio citado identificó los siguientes grupos de casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que son importantes para la implementación del Estado de derecho en Ucrania:

1. Decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que contienen referencias al contenido y el significado jurídico del concepto o principio del Estado de derecho en sentido generalizado.
2. Decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que establecen requisitos para la calidad de la ley, incluidas las restricciones legales al ejercicio de los derechos y las libertades humanas.
3. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que abordan diversos aspectos del acceso a la justicia y a un juicio justo, que aseguran un mecanismo especial de la Convención y el cumplimiento del Estado de derecho.
4. Decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que establecen los límites de los poderes discrecionales y los requisitos para limitar la arbitrariedad de las autoridades de acuerdo con el principio del Estado de derecho.

5. Decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que establecen requisitos para el control efectivo sobre el ejercicio de los derechos y las libertades fundamentales garantizados por la Convención, y están relacionadas con la implementación del Estado de derecho.

   Esta lista de decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no es exhaustiva, pero nos permite ver los aspectos más típicos de la aplicación del Estado de derecho y ayudar a los jueces a tomar decisiones (Pukhtetska, 2009, p.).

El término "persona natural" es una generalización que incluye conceptos como ciudadanos de Ucrania, extranjeros y apátridas. Estos conceptos han sido capturados en la legislación nacional (Tylchyk *et al.*, 2021).

El ciudadano de Ucrania es una persona que ha adquirido la ciudadanía de acuerdo con el procedimiento establecido por las leyes de dicho país y los tratados internacionales (Artículo 1 de la Ley de Ucrania "Sobre la Ciudadanía de Ucrania") (Ley de Ucrania, 2001).

El término "persona jurídica" y su contenido están establecidos en el Código Civil de Ucrania; según el artículo 80 de este código, una entidad jurídica es una organización establecida y registrada de acuerdo con la ley (Ley de Ucrania, 2003).

Según su estatus procesal administrativo y el propósito de su participación en los procedimientos legales, los participantes se dividen en principales y auxiliares (Tylchyk *et al.*, 2021). Los principales participantes de los procedimientos legales administrativos son las partes (demandante y demandado), los terceros y sus representantes procesales (Tylchyk *et al.*, 2021). Estas personas inician los procedimientos administrativos, los modifican a voluntad de las partes, terceros y representantes, lo cual depende, en particular, de la presentación de recursos de casación y el inicio de los procedimientos de ejecución (Leheza *et al.*, 2022).

Los participantes auxiliares de los procedimientos administrativos son aquellos que no influyen significativamente en el curso de dichos procedimientos en general, pero en virtud de su designación y poderes aseguran su calidad, integridad y objetividad. Estos participantes son: el secretario de la sesión del tribunal, el administrador del tribunal, el testigo, el perito, el especialista y el traductor (intérprete) (Tylchyk *et al.*, 2021).

La clasificación de los participantes en los procedimientos legales administrativos según su estatus procesal ha sido determinada en cierta medida

en el Código de Procedimiento Administrativo de Ucrania. En particular, el capítulo 4 del código establece un grupo de personas involucradas en los procedimientos legales (partes, terceros, representantes de las partes y terceros) y un grupo de otros participantes en los procedimientos administrativos (asistente del juez, secretario del tribunal, administrador del tribunal, testigo, perito, especialista, traductor) (Tylchyk *et al.*, 2021).

Dependiendo de su estructura organizativa, los participantes de los procedimientos legales administrativos pueden dividirse en individuales (personas naturales) y conjuntos (personas jurídicas, entidades colectivas sin estatus de persona jurídica, asociación de residentes de hogares, comités de vecindario, comités de calle o cuadra, etc.) (Halaburda *et al.*, 2021).

Con el fin de garantizar la posibilidad de que los participantes en los procedimientos legales administrativos ejerzan sus intereses subjetivos y cumplan sus tareas, la legislación procesal administrativa (capítulo 4 del Código de Procedimiento Administrativo de Ucrania) establece su personalidad jurídica procesal, la cual se discutirá en las siguientes secciones de nuestra investigación (Leheza *et al.*, 2021).

Al mismo tiempo, cabe destacar que el sistema de sujetos del proceso administrativo se considera un conjunto único y holístico de sujetos de diversas categorías (individuales y conjuntos, privados y públicos), en un estado de vínculos estructurales y funcionales entre sí para garantizar su desempeño dentro de las respectivas relaciones legales (Tylchyk *et al.*, 2021). Por ejemplo, cada forma organizativa y legal de una persona jurídica complementa estructural y funcionalmente a otras formas; los sujetos del derecho privado ejercen sus capacidades legales en interacción directa con entidades del derecho público; mediante la combinación de sus esfuerzos, los sujetos individuales forman subobjetos complejos y multifacéticos del derecho, etc. (Leheza *et al.*, 2022).

El sistema de sujetos del proceso administrativo está determinado por el correspondiente sistema de regulación legal en el ámbito legislativo. En la ciencia del derecho administrativo nacional existen diferentes opiniones sobre el sistema de sujetos del derecho administrativo y del proceso administrativo (Tylchyk *et al.*, 2021). Resumiendo los diferentes puntos de vista de los científicos, el sistema de sujetos del proceso administrativo se puede presentar de la siguiente manera: sujetos individuales y sujetos conjuntos (Kivalov, 2005).

Conclusion

Se puede argumentar que las relaciones públicas y sociales determinan la naturaleza de la sociedad, los grupos étnico-nacionales y las comunidades de personas, así como el individuo, determinan su lugar en el espacio político y legal, garantizan derechos y libertades. El espacio de comunicación forma y asegura la realización de las capacidades de una persona, garantizando sus derechos y libertades , satisfaciendo sus necesidades, cumpliendo sus aspiraciones y esperanzas y traduciendo los ideales en la práctica de la vida cotidiana. Al mismo tiempo, la ciencia jurídica tiene asignadas tareas especiales como medio y mecanismo para regular las relaciones públicas y sociales —la socialización legal de un ser humano— garantizando sus derechos y libertades y, lo más importante, su formación como persona, como ciudadano del país, como representante pleno de la sociedad civil.

En la literatura científica, los términos "público" y "social" se utilizan tanto para referirse a los mismos fenómenos, eventos y procesos (falta de identificación), como a diversos fenómenos sociales. En otros casos, lo social se identifica con lo público. Por lo general, esto ocurre en dos casos: en el caso de comprender la totalidad de los fenómenos y procesos que existen en una sociedad en particular, así como en los casos en que se enfatizan las diferencias que distinguen los fenómenos y procesos sociales de aquellos entendidos como naturales, técnicos, tecnológicos e informativos. Este enfoque, que se puede definir como amplio, entiende las relaciones sociales como fenómenos y procesos económicos, políticos e ideológicos, mientras que las relaciones públicas se determinan como relaciones sociales. Esta circunstancia llevó a algunos autores a considerar las relaciones sociales como sintéticas, generalizando la interacción de las relaciones sociales materiales e ideológicas. Sin embargo, en nuestra opinión, las relaciones sociales no solo reflejan los signos más importantes de la interacción humana, sino que son principalmente el resultado de la influencia directa de la sociedad civil, que se está formando en Ucrania, y consisten en garantizar los derechos y las libertades humanas y civiles y la implementación de los valores humanos universales como prioridades incondicionales del proceso de cambio social. Fuera de la orientación centrada en el ser humano en términos de determinar la naturaleza (tipo) de las relaciones, las relaciones entre las personas no adquieren un carácter social, lo que les permite caracterizarse como públicas, donde, como ya se mencionó, las relaciones vinculadas con el modo de producción, la naturaleza de la distribución, el intercambio y el consumo de bienes materiales están priorizadas.

En otros casos, el concepto de "social" se interpreta de manera más estrecha porque se considera que lo "público" es solo una parte o un componente de este último. En estas condiciones, las relaciones sociales se destacan como supuestamente especiales en el sistema de relaciones públicas, y se consideran al mismo nivel que las formas económicas, políticas e ideológicas de interacción humana. Este enfoque más bien unifica la esencia de las relaciones sociales que muestra su diferencia, la irreductibilidad fundamental de un fenómeno social a otro.

Así, la regulación legal pone de manifiesto la interferencia del Estado en la actividad vital de la sociedad en general, así como en la de cada persona en particular. Esta interferencia en la sociedad democrática moderna debe tener sus límites, es decir, límites de la interferencia dictatorial del Estado y sus organismos en el sistema de relaciones sociales. Y la violación de estos límites por parte del Estado, la aplicación de métodos prohibidos de influencia sobre las relaciones sociales, debe ser vista como una interferencia del Estado en esferas insubordinadas de la regulación social.

En un Estado democrático moderno, la naturaleza y los tipos de estos medios están determinados por un complejo de factores; entre ellos, podemos destacar, en primer lugar, los patrones de desarrollo y los principios del sistema legal, así como el nivel de derechos y libertades declarados y efectivamente vigentes del ser humano y del ciudadano, establecidos tanto en actos legislativos nacionales como en actos internacionales ratificados por el órgano legislativo de ese Estado. Además, el Estado legal, democrático y social debe reconocer la prioridad de los derechos y las libertades e intereses legalmente protegidos de una persona sobre sus propios intereses. A pesar de la declaratividad de esta afirmación, tiene una importancia significativa para la elección de las directrices y los medios prioritarios para la regulación legal de las relaciones sociales.

Referencias

Andrushchenko, V. (2006). *Social philosophy. History, theory, methodology: Textbook*. Genesis.

Bachun, O. (2010). Legal status of subjects of administrative justice: author's ref. dis. for science. degree of Cand. jurid. Science: special 12.00.07. "Administrative Law and Procedure; finance law; information law". K .: Inst. law VRU. Kyiv. Ukraine.

Bezpalova, O., Yunina, M., Korohod, S., Rezvorovich, K. y Ohanisian, T. (2021). Legal regulation of entrepreneurial activity in the national security system. *Entrepreneurship and Sustainability Issues*, *8*(3), 340-355.

Buha, V., Iakubin, O., Mazur, T., Rezvorovich K. y Daraganova, N. (2022). Legal regulation of the institute of control in the field of housing construction in the conditions of armed aggression of the Russian Federation. *Cuestiones Políticas*, *40*(73), 151-171.

Halaburda, N., Leheza, Y., Chalavan, V., Yefimov, V. y Yefimova, I. (2021). Compliance with the principle of the rule of law in guarantees of ensuring the legality of providing public services in Ukraine. *Journal of Law and Political Sciences*, *29*(4), 100-121.

Holovatyy, S. (2019). Rule of law does not work. Commentary on the text of a document of the Venice Commission. "Report on government". (Report on the Rule of Law), that it was adopted at the 86th plenary session. March 25-26, 2011 (CDL-AD (2011) 003re) https://www.venice.coe.int/files/articles/Holovaty_rule_of_law_report_comments_2019.pdf.

Ivanenko, T. (2020). Availability of administrative proceedings as an element of the rule of law. *Law and Society*, *6*(1), 160-164.

Kivalov, S. (2005). Code of administrative procedure of Ukraine. https://www.global-regulation.com/translation/ukraine/ 570127/the-code-of-administrative-procedure-of-ukraine.html.

Kobrusieva, Y., Leheza, Y., Rudoi, K., Shamara, O. y Chalavan, V. (2021). International standards of social protection of internally displaced persons: Administrative and criminal aspects. *Jurnal Cita Hukum Indonesian Law Journal*, *9*(3), 461-484.

Kolinko, T., Rezvorovych, K. y Yunina, M. (2019). Legal characteristic of the franchise agreement in Germany. *Baltic Journal of Economic Studies*, *5*(1), 96-100. DOI https://doi.org/10.30525/2256-0742/2019-5-1-96-100.

Leheza, Y. (2022). Illegal influence on the results of sports competitions: Comparison with foreign legislation. *Ratio Juris*, *17*(34), 53-70. DOI: 10.24142/raju.v17n34a3.

Leheza, Y., Filipenko, T., Sokolenko, O., Darahan, V. y Kucherenko, O. (2020). Ensuring human rights in ukraine: Problematic issues and ways of their solution in the social and legal sphere. *Cuestiones Políticas*, *37*(64), 123-136. DOI: https://doi.org/10.46398/cuestpol.3764.10.

Leheza, Y., Len, V., Shkuta, O., Titarenk, O. y Cherniak, N. (2022). Foreign experience and international legal standards of applying artificial intelligence in criminal proceedings. *Revista de la Universidad del Zulia*, *13*(36), 276-287. https://doi.org/10.46925//rdluz.36.18.

Leheza, Y., Pisotska, K., Dubenko, O., Dakhno, O. y Sotskyi, A. (2022). The essence of the principles of Ukrainian law in modern jurisprudence. *Revista Jurídica Portucalense*, 342-363. DOI: https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705(32)2022.ic-15.

Leheza, Y., Pylypenko, A., Svystun, L., Zuieva, O. y Yefimova, I. (2021). Aspectos social y civil de la regulación de propiedad intelectual en Ucrania. *Revista de la Universidad del Zulia*, *12*(34), 206-223. https://doi.org/10.46925//rdluz.34.13.

Leheza, Y., Savielieva, M. y Dzhafarova, O. (2018). Structural and legal analysis of scientific activity regulation in developed countries. *Baltic Journal of Economic Studies*, *4*(3), 147-157. https://doi.org/10.30525/2256-0742/2018-4-3-147-157. DOI: https://doi.org/10.30525/2256-0742/2018-4-3-147-157.

Leheza, Y., Shamara, O. y Chalavan, V. (2022). Principios del poder judicial administrativo en Ucrania. *DIXI*, *24*(1), 1-11. https://revistas.ucc.edu.co/index.php/di/article/view/4235.

Leheza, Y., Yerko, I., Kolomiichuk, V. y Lisniak, M. (2022). International legal and administrative-criminal regulation of service relations. *Jurnal Cita Hukum Indonesian Law Journal*, *10*(1), 49-60. DOI: 10.15408/jch.v10i1.25808. https://journal.uinjkt.ac.id/index.php/citahukum/article/view/25808.

Marchenko, O., Marchenko, O., Pokataieva, O., Tylchyk, V. y Halaz, Y. (2022). Sujetos involucrados en los procesos jurídicos administrativos: la normativa jurídica y sus características. *Revista de la Universidad del Zulia*, *13*(38), 130-139. https://doi.org/10.46925//rdluz.38.09.

Pukhtetska, A. (2009). European principles of administrative law and their implementation in the legislation of Ukraine. Author's ref. dis. … For

the degree of Cand. jurid. Science. Kyiv. Institute of State and Law. V.M. Koretsky NAS of Ukraine.

Pukhtetska, A. (2010). The principle of the rule of law: Modern European doctrines as a guide for reforming national legislation. *Bulletin of the National Academy of Sciences of Ukraine*, *3*, 33-43.

Romanchenko, Y. (2013). Subjects of procedural functions in the administrative proceedings of Ukraine. *Our Right*, (13), 67-71.

Sidelnikov, O. (2017). Institute of conciliation of the parties in administrative proceedings: author's ref. dis. cand. jurid. Science. Kharkiv. Ukraine .

Tylchyk, V. y Leschynsky, V. (2021). Public and legal relations as a sphere of judicial protection of violated rights, freedoms, and interests. *Baltic Journal of Economic Studies*, *7*(2), 17-21. https://doi.org/10.30525/2256-0742/2021-7-2-219-223.

Tylchyk, V., Riabchenko, O., Yarmaki, K., Riabchenko, Y. y Leschynsky, V. (2021). Rule of law in the context of judicial reform as a direction of ensuring the accessibility of administrative proceedings. *Cuestiones Políticas*, *39*(69), 707-716. https://doi.org/10.46398/cuestpol.3969.44.

Tylchyk, V. y Tylchyk, O. (2021). Guarantees of legality of public administration activity: From concept to practical implementation. *Baltic Journal of Economic Studies*, 7(1), 134-138. DOI: https://doi.org/10.30525/2256-0742/2021-7-1-134-138.

United Nations Security Council (2004). The rule of law and transitional justice in conflict and post conflict societies: Report of the Secretary General.

Verkhovna Rada of Ukraine (2016). On the judiciary and the status of judges. Information of the Verkhovna Rada of Ukraine 31. Art. 545. https://www.rada.gov.ua/en/news/News/211163.html.

Zaporozhchenko, Y., Kolesnykov, K., Tatarenko, H., Fomin, A. y Zuieva, O. (2023). Features of understanding social relations in modern law: Theoretical, administrative, civil legal regulation. *Cuestiones Políticas*, *41*(76), 347-355. https://doi.org/10.46398/cuestpol.4176.19.

Indicaciones para autores, guía de buenas prácticas
y enlace para enviar los artículos

https://publicaciones.unaula.edu.co/index.php/ratiojuris/pautas_eticas
https://publicaciones.unaula.edu.co/index.php/ratiojuris/login

REVISTA Ratio Juris
se terminó de diagramar en noviembre de 2023
Fuentes tipográficas: Toronto 11 puntos para texto
corrido y Calibri en 14 puntos para títulos